



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## **Zugang zur Fortpflanzungsmedizin**

Amstutz, Esther ; Gächter, Thomas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-50055>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Amstutz, Esther; Gächter, Thomas (2011). Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Jusletter, 12(31.01.2011):1-22.



RSDS/SZG 2012

Weblaw AG / IDS de l'Université de Neuchâtel  
(Eds. / Hrsg.)

# **Revue suisse de droit de la santé**

## **Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht**



[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)

Esther Amstutz / Prof. Dr. Thomas Gächter

## **Zugang zur Fortpflanzungsmedizin**

Verfassungs-, gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte

---

Nicht allen Menschen mit Kinderwunsch ist in der Schweiz der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen rechtlich oder faktisch möglich. Einige der geltenden Zugangsbarrieren werden darauf hin analysiert, ob sie sich nach wie vor halten lassen. Im Vordergrund der Untersuchung stehen der Ausschluss lesbischer Paare von fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen, das in Revision stehende Verbot der Präimplantationsdiagnostik sowie die eingeschränkte Kostenübernahme der Krankenversicherung für fortpflanzungsmedizinische Massnahmen.

---

L'accès aux mesures de santé génésique en Suisse n'est pas garanti à toutes les personnes qui veulent des enfants. Certains des obstacles à l'accès existant sont donc à analyser pour examiner s'ils doivent perdurer. L'examen de l'étude se porte plus précisément sur l'exclusion des couples de lesbiennes des mesures de procréation médicalement assistée, la révision de l'interdiction du diagnostic préimplantatoire et le remboursement limité de l'assurance santé aux mesures de santé génésique. (jp)

---

## Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Grundrechtliche Verankerung des Kinderwunsches
  - I. Kinderwunsch als Teilbereich der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV
    - 1. Schutzbereich und Trägerschaft
    - 2. Einordnung des Kinderwunsches
      - a) Schutzbereich
      - b) Fortpflanzungsfreiheit
  - II. Kinderwunsch als Teilbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK
    - 1. Schutzbereich und Trägerschaft
    - 2. Verwirklichung des Kinderwunsches
      - a) Natürliche Fortpflanzung
      - b) Medizinisch assistierte Fortpflanzung
  - III. Recht auf Familie (Art. 14 BV und Art. 12 EMRK)
  - IV. Verfassungsrechtliche Grenzen des Kinderwunsches
    - 1. Einschränkungen der Fortpflanzungsfreiheit als Grundrechtseingriffe
    - 2. Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für die Fortpflanzungsmedizin
  - V. Zwischenergebnis
- C. Fortpflanzungsmedizinische Massnahmen nach FMedG
  - I. Gesetzliche Grundlagen und besondere Schutzbjekte
  - II. Zulässige und verbotene fortpflanzungsmedizinische Praktiken
  - III. Voraussetzungen
    - 1. Kindeswohl
    - 2. Anforderungen an die werdenden Eltern
    - 3. Indikation
  - IV. Charakterisierung des schweizerischen Fortpflanzungsmedizinrechts
- D. Fortpflanzungsmedizin und gleichgeschlechtliche Partnerschaft
  - I. Gesetzliche Grundlagen
  - II. Gesellschaftliche Entwicklungen
  - III. Grundrechtliche Überlegungen zum Zugang zur Fortpflanzungsmedizin
  - IV. Zwischenfazit
- E. Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (PID)
  - I. Definition und Bedeutung der PID für die Fortpflanzungsmedizin
  - II. Stand der laufenden Revision
  - III. Einige Gedanken zur Einführung der Präimplantationsdiagnostik
    - 1. Argumente gegen die Präimplantationsdiagnostik
    - 2. Argumente für die Präimplantationsdiagnostik
    - 3. Zusammenfassende Betrachtung
- F. Sozialversicherungsrechtliche Vergütung fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen
  - I. Grundsätzliches zum schweizerischen System der Leistungsvergütung in der Krankenversicherung
    - 1. Voraussetzungen und Umfang der Kostenübernahme
      - a) Umfang der Kostenübernahme
      - b) Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit
        - aa) Wirksamkeit
        - bb) Zweckmässigkeit
        - cc) Wirtschaftlichkeit
    - 2. Listenprinzip
      - a) Allgemeiner Leistungskatalog
      - b) Gesetzliche Pflichtleistungsvermutung mit Negativ- oder Ausschlussliste
      - c) Positivlisten
      - d) Besondere Leistungen
      - e) Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV)
  - III. Tariffrecht
  - IV. Insbesondere: Leistungen der Krankenversicherung für reproduktionsmedizinische Massnahmen
    - 1. Fruchtbarkeitsstörung als Krankheit?
      - a) Krankheitsbegriff und Fruchtbarkeitsstörungen
      - b) Praxis in Bezug auf Fruchtbarkeitsstörungen und deren Behandlung
    - 2. Gesetzliche Grundlagen

- 3. Versicherungsrechtliche Behandlung der Insemination
  - 4. Versicherungsrechtliche Behandlung der In-vitro-Fertilisation
    - a) Aktuelle gesetzliche Regelung
    - b) Resultate der Wirkungsanalyse zur In-vitro-Fertilisation
  - 5. Versicherungsrechtliche Behandlung der Präimplantationsdiagnostik
  - V. Übersicht über die Rechtsprechung
    - 1. Rechtsprechung zur Insemination
    - 2. Rechtsprechung zur In-vitro-Fertilisation
  - VI. Entwicklungen
    - 1. Grundrechtliche Einbettung
    - 2. Wirksamkeit – Fortschritte in der medizinischen Wissenschaft
    - 3. Zweckmässigkeit
    - 4. Wirtschaftlichkeit – Kostenentwicklung
      - a) Kosten
      - b) Meinung der Bevölkerung
      - c) Finanzierungsmöglichkeiten
    - 5. Stellungnahme des Bundesamtes für Gesundheit (BAG)
  - G. Fazit
- Glossar zur Fortpflanzungsmedizin

## A. Einleitung

[Rz 1] Die Verwirklichung des Kinderwunsches und die Möglichkeit, sich fortzupflanzen, gehören zur natürlichen Entfaltung des Menschen. Für viele Menschen sind eigene Kinder für ein sinnerfülltes Leben unabdingbar. Sexualität, Schwangerschaft, Geburt und das spätere Erziehen und Zusammenleben mit den eigenen Kindern bilden für sie einen zentralen Lebensinhalt.<sup>1</sup> Es kommt indes häufig vor, dass der Kinderwunsch erst mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin Wirklichkeit werden kann oder aber für immer ein Wunsch bleibt.

[Rz 2] Der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen ist nicht für alle Menschen mit Kinderwunsch in gleicher Weise gewährleistet. Rechtliche Schranken sowie faktische Probleme stehen dem freien Zugang entgegen.

[Rz 3] Im Folgenden wird, mit Bezug auf die schweizerische Rechtslage, der Frage nachgegangen, inwiefern ein grundrechtlich fundierter Anspruch auf Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen besteht, welche Einschränkungen sich dabei aus Verfassung und Gesetz ergeben und welche Rolle die – bislang nur sehr eingeschränkte – Erstattung fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen durch die Sozialversicherungen (Krankenversicherung) spielt. Dabei wird auch ein kurzer Blick auf das laufende Gesetzgebungsprojekt des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik) geworfen, da die Restriktionen im Bereich der Präimplantationsdiagnostik für einige Menschen mit Kinderwunsch faktisch als Zugangsschranke zur Fortpflanzungsmedizin wirken.

[Rz 4] Methodisch werden zunächst die verfassungsrechtlichen Aspekte erörtert (B.), bevor auf die gesetzgeberische Ausgestaltung des schweizerischen Fortpflanzungsmedizinrechts eingegangen wird (C.). Vor diesem Hintergrund

<sup>1</sup> MATHIAS KUHN, Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunsches, Zürich/St. Gallen 2008, S. 56, 75.



werden drei konkrete Zugangshindernisse erörtert: Zunächst der Ausschluss lesbischer Paare von fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen (D.), danach das Verbot der Präimplantationsdiagnostik, das sich gegenwärtig in Revision befindet (E.) und schliesslich das sozialversicherungsrechtliche Problem der fehlenden Kostenübernahme für zentrale fortpflanzungsmedizinische Massnahmen, insbesondere die In-vitro-Fertilisation (F.).

## B. Grundrechtliche Verankerung des Kinderwunsches

[Rz 5] Die in der Verfassung und in den internationalen Menschenrechtskonventionen gewährleisteten Grundrechte haben für den Schutz der wichtigsten Aspekte des Menschseins eine zentrale Bedeutung. Sie garantieren dem Menschen eine gewisse Freiheitssphäre und schützen ihn vor Missbräuchen staatlicher (und unter Umständen auch sozialer) Macht. Daher ist zu Beginn der Frage nachzugehen, inwiefern der Kinderwunsch vom grundrechtlichen Schutz erfasst wird. Es zeigt sich dabei aufgrund der überlappenden Schutzgehalte von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV, dass dies gleich in doppelter Hinsicht der Fall ist.

### I. Kinderwunsch als Teilbereich der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV

#### 1. Schutzbereich und Trägerschaft

[Rz 6] Die persönliche Freiheit im Sinn von Art. 10 Abs. 2 BV gewährleistet das Recht auf Leben und schützt insbesondere die körperliche und geistige Unversehrtheit. Sie beinhaltet überdies das Recht auf Selbstbestimmung, auf individuelle Lebensgestaltung sowie auf Entfaltung in den elementarsten Lebensbedürfnissen.<sup>2</sup> Geschützt wird dadurch der Mensch in der ganzen Vielfalt und Einzigartigkeit seiner Erscheinungen – wie ausgefallen und einmalig diese auch sein mögen.<sup>3</sup>

[Rz 7] Der verfassungsrechtlich garantierte Persönlichkeitsschutz erfasst jeden Menschen. Dies bedeutet, dass allen natürlichen Personen uneingeschränkt und voraussetzungslos das Recht auf persönliche Freiheit zusteht, unbeschadet ihres geistigen, körperlichen oder gesundheitlichen Zustands.<sup>4</sup>

## 2. Einordnung des Kinderwunsches

### a) Schutzobjekt

[Rz 8] Im Zusammenhang mit zwei staatsrechtlichen Beschwerden in den Jahren 1989 und 1993 befasste sich das Bundesgericht mit der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Kinderwunsches.<sup>5</sup> Es hatte zu prüfen, ob durch kantonale Fortpflanzungsmedizingesetze, welche Beschränkungen im Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung vorsahen, die persönliche Freiheit berührt und verletzt sei. Das Bundesgericht bezeichnete den Kinderwunsch als eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung und klassifizierte damit den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen als Bestandteil des damals noch ungeschriebenen Grundrechts der persönlichen Freiheit.<sup>6</sup> Begründet hat es diesen Entscheid damit, dass es für viele Menschen eine zentrale Sinngebung des Lebens bedeutet, Kinder zu haben und zu erziehen. Von Personen, welche aus organischen Gründen keine Kinder haben können oder für die eine natürliche Zeugung infolge einer genetischen Belastung oder anderer gesundheitlicher Risiken für das werdende Kind nicht verantwortlich ist, werde die ungewollte Kinderlosigkeit häufig als schwere Belastung erlebt. Gemäss dieser Rechtsprechung gelten staatliche Massnahmen, die Betroffenen den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen und damit zur Verwirklichung des Kinderwunsches verwehren, als Grundrechtseingriffe.<sup>7</sup> Die Erfüllung des Kinderwunsches soll ohne (ungerechtfertigte) staatliche Restriktionen in die Tat umgesetzt werden können, unter anderem mit Hilfe von reproduktionsmedizinischen Massnahmen.<sup>8</sup>

### b) Fortpflanzungsfreiheit

[Rz 9] In der älteren Literatur wurde teilweise noch davon ausgegangen, dass der grundrechtliche Schutz die medizinisch assistierte Fortpflanzung nur insoweit erfasse, als sie von den Wunschelementen «selbst» bewerkstelligt werden konnte. Insbesondere ging man bei der Insemination mit Spendersamen und der Leihmutterschaft nicht vom selben Schutzzumfang aus. Damit wurde der Kinderwunsch als Frage der natürlichen Fortpflanzungsfähigkeit qualifiziert. Nur deren Ausübung fiel unter die persönliche Freiheit respektive unter die von dieser mitgarantierte Fortpflanzungsfreiheit.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> BGE 133 I 119 E. 5.5; 127 I 12; RAINER J. SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43 N 20; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, N 5.

<sup>3</sup> BGE 98 Ia 508.

<sup>4</sup> REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 118.

<sup>5</sup> BGE 115 Ia 234 (St. Galler Fortpflanzungsmedizingesetz) und BGE 119 Ia 460 (Basler Fortpflanzungsmedizingesetz).

<sup>6</sup> BGE 115 Ia 234. Siehe auch RUTH REUSSER/RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller e.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 119 BV N 28.

<sup>7</sup> Vgl. (kritisch hierzu) CYRIL HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit, ZBl 8/1991, S. 342; den Grundrechtseingriff – als Reaktion auf Hegnauer – klar bejahend MARINA MANDOFIA BERNEY/OLIVIER GUILLOD, Liberté personnelle et procréation assistée, SJZ 1993, S. 205 ff., 207; KUHN (Fn. 1), S. 57.

<sup>8</sup> KUHN (Fn. 1), S. 57, 62.

<sup>9</sup> CYRIL HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 132 ff.; DERSELBE

[Rz 10] Im bereits erwähnten, zweiten grundlegenden Entscheid<sup>10</sup> verwarf das Bundesgericht diese Ansicht und stellte fest, dass auch ein generelles Verbot der heterologen Insemination die persönliche Freiheit verletze.<sup>11</sup>

[Rz 11] Der genannte Bundesgerichtsentscheid war damals nicht unumstritten,<sup>12</sup> erscheint letztlich jedoch überzeugend. Der Kinderwunsch wird nicht einzig vom Bedürfnis nach Weitergabe der eigenen genetischen Anlagen getragen. Vielmehr liegt im elterlichen Wunsch nach Kindern das Verlangen, eine Eltern-Kind-Beziehung zu begründen und mit dem Kind zusammenzuleben. Ausschlaggebend dürfte also eher der Wunsch sein, das eigene Kind aufzuziehen, Kontakt mit ihm zu haben, ihm Gedanken und Werte weiterzugeben, seine Entwicklung zu begleiten und in einer engen emotionalen Beziehung mit ihm zu leben.<sup>13</sup> Insofern kann es nicht allein massgeblich sein, von wem das für die Fortpflanzung benötigte Keimmaterial stammt.

[Rz 12] Inzwischen anerkennt auch die herrschende Lehre den Kinderwunsch bzw. den Wunsch nach Elternschaft als grundlegenden Aspekt der individuellen Persönlichkeitsentfaltung.<sup>14</sup> Ob *alle Formen* der Verwirklichung des Kinderwunsches von Art. 10 BV erfasst sind, lassen die Autoren in ihren Äusserungen aber weitgehend offen.<sup>15</sup>

[Rz 13] Gemäss der Lehre umfasst die Fortpflanzungsfreiheit nebst der Verwirklichung des Kinderwunsches weitere negative und positive Garantien. Positiv formuliert schützt sie die Fortpflanzung, indem sie den Einzelnen vor Beeinträchtigungen in seiner Fortpflanzungsfähigkeit durch den Staat (z.B. vor Zwangssterilisation) bewahrt und es ihm freistellt zu entscheiden, ob, wann, wie und mit wem er sich fortpflanzen möchte. Negativ ausgedrückt gewährleistet die Fortpflanzungsfreiheit das Recht, sich nicht fortzupflanzen und in dem Sinne das Recht zur freiwilligen Sterilisation, zur

Empfängnisverhütung und zum Schwangerschaftsabbruch.<sup>16</sup> Zusammenfassend wird also die Bejahung der Elternschaft sowie auch der Entscheid, auf Kinder zu verzichten, vom Recht auf persönliche Freiheit erfasst.<sup>17</sup>

[Rz 14] In BGE 115 Ia 234 führte das Bundesgericht zudem aus, dass das Grundrecht der persönlichen Freiheit durch die Einführung einer staatlichen Geburtenregelung und entsprechenden Zwangsmassnahmen, welche die Zeugung von Kindern einschränken würden, zweifellos berührt wäre. Nach dieser Aussage des Bundesgerichts ist das Fortpflanzungsverhalten des Menschen insgesamt geschützt. Da es auch von *Geburtenregelungen* spricht, welche die Zeugung von Kindern einschränken, ist davon auszugehen, dass sämtliche staatlichen Massnahmen – d.h. auch solche ohne direkten Zwang –, die sich auf die natürliche Fortpflanzung auswirken, das Recht auf persönliche Freiheit berühren.<sup>18</sup>

## II. Kinderwunsch als Teilbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK

### 1. Schutzbereich und Trägerschaft

[Rz 15] Art. 13 Abs. 1 BV gehört auch zum verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz.<sup>19</sup> Der materielle Schutzgehalt von Art. 13 Abs. 1 BV wurde von der schweizerischen Rechtsprechung bislang aber eher vage umrissen.<sup>20</sup> Die Bestimmung lehnt sich an den Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 EMRK<sup>21</sup> und ist stets in Verbindung mit dieser Norm auszulegen. Eine fast identische Garantie enthält auch Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II.<sup>22</sup>

[Rz 16] Äusserungen und Handlungen fallen dann in den

(Fn. 7), S. 343.

<sup>10</sup> BGE 119 Ia 460, S. 475.

<sup>11</sup> Das Gericht ging bei der Frage, ob Beschränkungen in der Inanspruchnahme von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren die persönliche Freiheit berühren, nicht spezifisch auf die verschiedenen Einschränkungen und Verbote in der medizinisch assistierten Fortpflanzung ein. Vielmehr stellte es generell fest, dass Zugangsbeschränkungen zu den Fortpflanzungsverfahren die persönliche Freiheit berühren. BGE 115 Ia 234; BGE 119 Ia 460; KUHN (Fn. 1), S. 62.

<sup>12</sup> Siehe etwa SUZETTE SANDOZ/OLIVIER MEXIN, *Liberté personnelle et procréation médicalement assistée: quelles limites au pouvoir réateur du juge constitutionnel?*, ZSR 1995 I 453 ff.

<sup>13</sup> KUHN (Fn. 1), S. 63.

<sup>14</sup> MANDOFIA BERNEY/GUILLOD (Fn. 7), 214; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte*, 4. Auflage, Bern 2008, S. 146 e contrario; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 129; RENÉ RHINOW, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht*, Basel 2003, N 1210; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux* (Bd. 2), Deuxième édition, Berne 2006, N 304 ff.

<sup>15</sup> KUHN (Fn. 1), S. 59. Siehe auch DOMINIQUE MANAI, *Les droits du patient face à la biomedicine*, Berne 2006, S. 318.

<sup>16</sup> HEGNAUER (Fn. 7), S. 342.

<sup>17</sup> KUHN (Fn. 1), S. 59.

<sup>18</sup> KUHN (Fn. 1), S. 60 f.

<sup>19</sup> Zum Schutzbereich von Art. 13 BV, vgl.: AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (Fn. 14), N 307 ff.; STEPHAN BREITENMOSER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, *St. Galler Kommentar zu Art. 13 BV*, N 9 f.; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 148 f.; MÜLLER (Fn. 14), S. 223 ff.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 380 ff.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BGE 126 II 425 E. 2-4 oder BGE 127 I 112 E. 5a; KUHN (Fn. 1), S. 72.

<sup>21</sup> Zur Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK: JOCHEN ABRAHAM FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Kehl 2009, Art. 8 EMRK, N. 3 ff.; LUZIU WILDHABER/STEPHAN BREITENMOSER, *Kommentierung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs)*, in: Karl Wolfram (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Lieferung, Köln/Berlin/München 1992, Art. 8 EMRK, N 95 ff., insb. auch N 143 und N 243 f.; MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2. Auflage, Zürich 1999, N 555 ff.; CHRISTOPH GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, München 2009, § 22 N 6 ff.

<sup>22</sup> IRENE FAHRENHORST, *Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention*, EuGRZ 1988, S. 125 ff.; KUHN (Fn. 1), S. 72.

Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV, wenn sie zu den wesentlichen Ausdrucksmöglichkeiten der menschlichen Persönlichkeit gehören. Die nationale Garantie wie auch die internationalen Bestimmungen garantieren demnach den Menschen eine Sphäre, innerhalb derer sie ihre Persönlichkeit frei entwickeln und entfalten können. Darin sind auch die Kontaktaufnahme zu Dritten und die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit durch Zusammenwirken mit anderen Personen enthalten.<sup>23</sup> Vom Privatleben in diesem Sinne werden zudem das Recht zur Aufnahme und Pflege emotionaler Beziehungen zu anderen Menschen und das Sexualleben erfasst.<sup>24</sup> Die Umschreibung des Schutzgehalts lässt erkennen, dass dieser in erster Linie den privaten Bereich umfasst. Sachverhalte, die einen zu starken Bezug zur Öffentlichkeit aufweisen, fallen nicht unter die Privatsphäre i.S.v. Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Abs. 1 EMRK.<sup>25</sup>

[Rz 17] Auch das Recht auf Achtung des Privatlebens steht allen natürlichen Personen zu, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, ihrem Alter oder irgendwelchen anderen Eigenschaften.<sup>26</sup>

## 2. Verwirklichung des Kinderwunsches

### a) Natürliche Fortpflanzung

[Rz 18] Natürliche Zeugung setzt die Ausübung von Sexualität voraus und findet in der Regel ohne Öffentlichkeitsbezug in der Intimsphäre zweier Menschen statt. Sie ist ohne Zweifel vom Recht auf Achtung des Privatlebens erfasst.<sup>27</sup> Weiter fallen existentielle Ereignisse wie die Schwangerschaft und die Geburt in den Schutzbereich der Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK.<sup>28</sup>

### b) Medizinisch assistierte Fortpflanzung

[Rz 19] Obwohl bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung zur Verwirklichung des Kinderwunsches Ärzte und medizinisches Laborpersonal sowie allenfalls auch ein Samenspende beteiligt sind, liegt kein so starker Öffentlichkeitsbezug vor, dass der Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht mehr betroffen ist, zumal die Behandlung in einem von der Öffentlichkeit abgeschirmten Bereich stattfindet und die beteiligten Personen unter Schweigepflicht stehen.<sup>29</sup>

[Rz 20] Dieser Meinung folgte auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall «Evans gegen das Vereinigte Königreich».<sup>30</sup> In einem neueren Entscheid<sup>31</sup> ging die erste Kammer des Gerichtshofs gar davon aus, dass die Verbote der In-vitro-Fertilisation mit Samen- und Eispende Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verletzen. Das Bundesgericht hingegen verzichtete anlässlich der Beurteilung der einschränkenden kantonalen Fortpflanzungsmedizingesetze auf eine Prüfung von Art. 8 Abs. 1 EMRK. Es erachtete eine umfassende Prüfung des Sachverhaltes anhand der persönlichen Freiheit für möglich.<sup>32</sup>

## III. Recht auf Familie (Art. 14 BV und Art. 12 EMRK)

[Rz 21] Art. 14 BV gewährleistet das Recht auf Ehe und Familie. Die Bestimmung lehnt an Art. 12 EMRK an und soll neben der Ehefreiheit das Recht garantieren, eine Familie zu gründen. Letzteres bedeutet, Kinder zu haben und diese aufzuziehen.<sup>33</sup> Art. 14 BV teilt sich in einen individualrechtlichen und einen institutionellen Gehalt.<sup>34</sup>

[Rz 22] Als *Institutsgarantie* verlangt das Recht auf Familie, dass der Gesetzgeber Regeln zur Eheschliessung und -auflösung erlässt sowie die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern rechtlich regelt.<sup>35</sup> Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird der institutionelle Grundrechtsgehalt von Art. 14 BV als ein traditionelles Verständnis der Ehe als eine auf Dauer ausgelegte, umfassende Lebensgemeinschaft zwischen zwei Menschen unterschiedlichen Geschlechts aufgefasst. Weiter ist das Institut der Ehe so geschützt, wie die kulturelle Entwicklung es gestaltet hat und wie es den sittlichen Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger entspricht.<sup>36</sup> Indem auf die «kulturelle Entwicklung» und die «sittlichen Anschauungen» verwiesen wird, ist davon auszugehen, dass die Ehe – wie andere Rechtsinstitute auch – dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen ist. Wird mit der Zeit das gesellschaftliche Zusammenleben anders als in der Vergangenheit bewertet, so kann sich dies auf das Verständnis des verfassungsmässigen Ehebegriffs auswirken.<sup>37</sup>

<sup>23</sup> KUHN (Fn. 1), S. 72 f.

<sup>24</sup> BREITENMOSER (Fn. 19), Art. 13 BV N 18; KUHN (Fn. 1), S. 73.

<sup>25</sup> WILDHABER/BREITENMOSER (Fn. 21), Art. 8 EMRK, N 114 ff.; BREITENMOSER (Fn. 19), Art. 13 BV N 12 ff.; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 21), Art. 8 EMRK, N 3; KUHN (Fn. 1), S. 74.

<sup>26</sup> KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 147; KUHN (Fn. 1), S. 72.

<sup>27</sup> KUHN (Fn. 1), S. 74 f.

<sup>28</sup> EKMR, Entscheid vom 12. Juli 1977 i.S. «Brüggemann und Scheuten gegen die Bundesrepublik Deutschland» (Nr. 6959/75), DR 10 S. 115 f.; EuGRZ 1978 S. 199.

<sup>29</sup> KUHN (Fn. 1), S. 74 ff.

<sup>30</sup> EGMR, Entscheid vom 10. April 2007 i.S. «Evans gegen das Vereinigte Königreich» (Nr. 6339/05).

<sup>31</sup> I. Sektion des EGMR, Kammerurteil vom 1. April 2010, Nr. 57813/2000, S.H. et al. Gegen Österreich (noch nicht rechtskräftig), vgl. dazu die genaue Entscheidanalyse dazu von BERNHARD RÜTSCH/ISABELLE WILDHABER, in: AJP 2010, S. 803 ff.

<sup>32</sup> BGE 115 Ia 234 E. 5c; BGE 119 Ia 460 E. 5c; KUHN (Fn. 1), S. 76.

<sup>33</sup> Zum Schutzbereich des Art. 14 BV: KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 168 f.; MÜLLER (Fn. 14), S. 220, 223 f.; RHINOW (Fn. 14), N 1317 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 14), N 368, VILLIGER (Fn. 21), N 643 f.; FROWEIN/PEUKERT (Fn. 21) Art. 12 EMRK N 6; GRABENWARTER (Fn. 21), § 22, N 62.

<sup>34</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 14), N 362.

<sup>35</sup> DIES., a.a.O.

<sup>36</sup> BGE 126 II 425 E. 4b; BGE 119 II 264 E. 4b.

<sup>37</sup> KUHN (Fn. 1), S. 96.



[Rz 23] Überträgt man diese Erkenntnis auf das Recht auf Familie, so vermag eine verfassungsrechtliche Fixierung oder Erstarrung der Bestimmungen über die Entstehung des Kindesverhältnisses nicht zu überzeugen. Auch in diesem Bereich unterliegen menschliche Handlungsweisen und Eigenheiten einer stetigen kulturellen und gesellschaftlichen Entwicklung. Oder anders gesagt, wird die durch Art. 14 BV dem Staat übertragene Aufgabe, die elterlichen Beziehungen zum Kind zu regeln, nur dann hinreichend erfüllt, wenn das gesetzte Recht Raum für die kontinuierlichen Veränderungen des Verständnisses über das familiäre Zusammenleben offen lässt.<sup>38</sup>

[Rz 24] Viele, in der heutigen Gesellschaft gelebte Formen des familiären Zusammenlebens, aber auch zum Teil aufgrund der medizinischen Fortpflanzung erst möglichen Familienkonstellationen finden in der gesetzgeberischen Ordnung über die Entstehung des Kindesverhältnisses keine rechtliche Entsprechung. Die vom Gesetzgeber beschränkten Möglichkeiten, Mutter oder Vater eines Kindes zu werden, schliessen die rechtliche Anerkennung gewisser faktisch existierender Eltern-Kind-Beziehungen aus.<sup>39</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der institutionelle Gehalt des Rechts auf Familie nach Art. 14 BV den Gesetzgeber verpflichtet, nur gewisse Eltern-Kind-Beziehungen rechtlich anzuerkennen oder umgekehrt, ob der individualrechtliche Gehalt durch die geltenden Regelungen beeinträchtigt wird. Schützt Art. 14 BV tatsächlich nur bestimmte Formen der Familiengründung?<sup>40</sup>

[Rz 25] Eine den Schutzbereich von Art. 14 BV umschreibende höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt bislang. Das Bundesgericht lässt eine Geltendmachung des auch von Art. 12 EMRK garantierten Anspruchs jedoch lediglich bei verheirateten Paaren zu.<sup>41</sup> Auch die Formulierung der Norm lässt auf diese Interpretation schliessen. In der Literatur besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass Art. 14 BV zwei zu unterscheidende Grundrechte umfasst.<sup>42</sup> Betrachtet man die historische Entstehung, so wurde das Recht auf Ehe erst später vom Gesetzgeber durch das Recht auf Familie ergänzt. Die Aufnahme des Rechts auf Familie lässt erkennen, dass der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen wollte, dass die Ehe seit längerem nicht mehr die einzige gesellschaftlich anerkannte Form des familiären Zusammenlebens ist und eine Familiengründung eben auch ausserhehlich erfolgen kann.<sup>43</sup> Dieser Meinung folgen auch AUER/

MALINVERIN/HOTTELIER, welche die Familiengründung durch Konkubinatspaare ebenso unter den Schutz von Art. 14 BV stellen.<sup>44</sup> Dies deutet darauf hin, dass die Verfassungsbestimmung auch im individualrechtlichen Bereich nur dann der Funktion als Freiheitsrecht vollumfänglich gerecht werden kann, wenn sie gegenüber gesellschaftlichen Veränderungen offen bleibt. In Anbetracht der in den vergangenen Jahren fortgeschrittenen gesellschaftlichen Sensibilisierung für Anliegen gleichgeschlechtlicher Paare ist daher nicht auszuschliessen, dass gesetzliche Verbote, die ihnen die Möglichkeit nehmen, gemeinsame Kinder zu haben, in Zukunft als Beeinträchtigung der von Art. 14 BV bzw. Art. 12 EMRK garantierten Rechte erachtet werden.<sup>45</sup> Momentan sind sie aber noch nicht vom Schutzbereich erfasst.

## IV. Verfassungsrechtliche Grenzen des Kinderwunsches

### 1. Einschränkungen der Fortpflanzungsfreiheit als Grundrechtseingriffe

[Rz 26] Als Teilgehalt des verfassungsrechtlichen Persönlichkeits- und Privatsphärenschutzes unterliegt die Verwirklichung des Kinderwunsches und damit die Fortpflanzungsfreiheit nur, aber immerhin, den im öffentlichen Interesse liegenden gesetzlichen Einschränkungen (Art. 36 BV). Dies bedeutet, dass im Hinblick auf neue oder bereits bestehende Restriktionen der Fortpflanzungsfreiheit jeweils gerechtfertigt werden muss, inwiefern die Einschränkung im öffentlichen Interesse liegt und ob sie als verhältnismässig erscheint. Zudem müssen Restriktionen über eine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügen.

### 2. Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für die Fortpflanzungsmedizin

[Rz 27] Bereits auf Verfassungsebene, insbesondere im zweiten Absatz von Art. 119 BV, finden sich explizite Einschränkungen für die Fortpflanzungsmedizin.<sup>46</sup> Laut *lit. a* dieser Bestimmung sind etwa alle Arten des Klonens und Eingriffe in das Erbgut menschlicher Keimzellen und Embryonen verboten (wie z.B. die Keimbahntherapie), *lit. b* verbietet das Einbringen und Verschmelzen von nichtmenschlichem Keim- und Erbgut in menschliches Keimgut. Gemäss *lit. c* ist die Befruchtung menschlicher Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau nur unter den vom Gesetz festgelegten Bedingungen erlaubt; insbesondere dürfen nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als ihr sofort eingepflanzt werden können.

<sup>38</sup> RHINOW (Fn. 14), N 1301 ff.; KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 166; KUHN (Fn. 1), S. 97.

<sup>39</sup> Siehe etwa ANDREA BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, S. 1175 ff., 1177 f.

<sup>40</sup> KUHN (Fn. 1), S. 94 f.

<sup>41</sup> BGE 129 III 656 E. 5.3.2.

<sup>42</sup> KIENER/KÄLIN (Fn. 4), S. 168; RHINOW (Fn. 14), N 1304 und 1317; KUHN (Fn. 1), S. 99.

<sup>43</sup> Siehe auch Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November

1996, BBl 1997 I ff. 152 f. und 154 f.

<sup>44</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 14), N 368; KUHN (Fn. 1), S. 100.

<sup>45</sup> KUHN (Fn. 1), S. 103.

<sup>46</sup> Siehe auch MANAI (Fn. 15), S. 318 ff.; eingehend REUSSER/SCHWEIZER (Fn. 6), Art. 119 BV N 19 ff.

Damit ist die Konservierung von Embryonen verboten. *Lit. d* erklärt zudem die Embryonenspende und alle Arten der Leihmutterchaft für unzulässig.

[Rz 28] Auf internationaler Ebene sind für die Schweiz vorab die Biomedizinkonvention<sup>47</sup> sowie das entsprechende Zusatzprotokoll zum Klonverbot<sup>48</sup> von Bedeutung. Ein weiteres Zusatzprotokoll zum Schutz der Embryonen wird gegenwärtig erarbeitet. Die als «Kernkonvention» ausgestaltete Biomedizinkonvention bezweckt den Schutz der Würde und Identität menschlichen Lebens und gewährleistet jedem Menschen die Wahrung seiner Integrität sowie seiner sonstigen Grundrechte und Grundfreiheiten im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Art. 1 Biomedizinkonvention). Als einzige konkrete Schranke lässt sich ihr entnehmen, dass die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht dazu verwendet werden dürfen, das Geschlecht des künftigen Kindes zu wählen, es sei denn, um eine schwere, geschlechtsgebundene erbliche Krankheit zu vermeiden (Art. 14 Biomedizinkonvention).<sup>49</sup> Das im Zusatzprotokoll statuierte Klonverbot wiederum geht in seinem Gehalt nicht über das Klonverbot in Art. 119 Abs. 2 lit. a BV hinaus.

## V. Zwischenergebnis

[Rz 29] Aufgrund der zentralen Bedeutung, die ein Kind im Leben eines Menschen hat, ist die Verwirklichung des Kinderwunsches als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie als Element des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK) grundrechtlich abgestützt, d.h. die Fortpflanzungsfreiheit ist grundrechtlich begründet. Geschützt ist sowohl die natürliche Fortpflanzung als auch die Inanspruchnahme von medizinisch assistierter Fortpflanzung.

[Rz 30] Da es sich bei der persönlichen Freiheit und beim Anspruch auf Achtung des Privatlebens nach klassischem Verständnis um Abwehrrechte handelt, die den Staat zu einem Unterlassen oder Dulden verpflichten,<sup>50</sup> ist dieser weder dazu befugt, zwangsweise oder regulierend in die natürliche Fortpflanzung einzugreifen, noch dazu, den Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung gänzlich zu verbieten.

Dies entspricht sowohl der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>51</sup> als auch derjenigen des EGMR.<sup>52</sup> Ein positiver Leistungsanspruch gegenüber dem Staat lässt sich indes nicht herleiten.<sup>53</sup> Der Staat ist nicht verpflichtet, fortpflanzungsmedizinische Massnahmen anzubieten oder zu fördern; grundrechtlich begründen lässt sich einzig die Verpflichtung des Staates, die Fortpflanzungsfreiheit nicht ungerechtfertigt einzuschränken und etwa ohne verfassungsrechtlich haltbare Gründe den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zu behindern.

[Rz 31] Bereits auf völkerrechtlicher Ebene und Verfassungsebene sind der Fortpflanzungsmedizin und damit auch der grundrechtlichen Fortpflanzungsfreiheit Schranken gesetzt, indem Art. 14 Biomedizinkonvention und Art. 119 Abs. 2 BV verschiedene Verbote und Einschränkungen benennen.

## C. Fortpflanzungsmedizinische Massnahmen nach FMedG

### I. Gesetzliche Grundlagen und besondere Schutzobjekte

[Rz 32] Den Rahmen für die Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Massnahmen bildet seit dem 1. Januar 2001 das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG).<sup>54</sup> Das Gesetz legt fest, unter welchen Voraussetzungen die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beim Menschen angewendet werden dürfen (Art. 1 Abs. 1 FMedG).

[Rz 33] Es schützt vorab die Menschenwürde, die Persönlichkeit sowie die Familie und verbietet missbräuchliche Anwendungen der Bio- und der Gentechnologie (Art. 1 Abs. 2 FMedG; siehe auch Art. 119 Abs. 2 BV). Der Schutz der Menschenwürde ist (auch) im reproduktionstechnologischen Zusammenhang als Schutz des Menschen als Person an sich und als einmaliges, unverwechselbares Subjekt zu verstehen.<sup>55</sup>

### II. Zulässige und verbotene fortpflanzungsmedizinische Praktiken

[Rz 34] Die in der Schweiz *zulässigen Fortpflanzungsverfahren* werden in Art. 1 Abs. 1 FMedG i.V.m. Art. 2 lit. a FMedG

<sup>47</sup> Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin), für die Schweiz in Kraft seit 1. November 2008 (SR 8.810.2).

<sup>48</sup> Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen (Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen), für die Schweiz in Kraft seit 1. November 2008 (SR 0.810.21).

<sup>49</sup> Auf nationaler Ebene wurde dieser Gedanke bereits in Art. 5 Abs. 2 FMedG umgesetzt.

<sup>50</sup> Zu den Freiheitsrechten als typische Abwehrrechte, z.B. RHINOW (Fn. 14), N 914.

<sup>51</sup> Zur Handlungsfreiheit, vgl. BGE 101 Ia 336, 346 ff.; zum Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, vgl. BGE 113 V 42; BGE 115 Ia 234; BGE 119 Ia 460.

<sup>52</sup> EGMR, Entscheid vom 10. April 2007 i.S. «Evans gegen das Vereinigte Königreich» (Nr.6339/05).

<sup>53</sup> So ist unbestritten, dass bei aller grundrechtlichen Schutzwürdigkeit des Kinderwunsches kein Recht auf ein Kind besteht, das vom Staat zu gewährleisten wäre. Siehe etwa MANAI (Fn. 15), S. 318.

<sup>54</sup> Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 18. Dezember 1998 (FMedG), (SR. 810.11).

<sup>55</sup> BBl. 1996 III 245.

genannt. Es sind dies die künstliche Insemination, die In-vitro-Fertilisation mit Embryonentransfer sowie der Gameten-transfer. Art. 2 lit. a FMedG erwähnt zwar die intrazytoplasmatische Spermajektion (ICSI) nicht explizit, sie ist jedoch als leicht abgewandelte Form der In-vitro-Fertilisation ebenfalls zugelassen.<sup>56</sup>

[Rz 35] Die *verbotenen Praktiken* werden einerseits in der Bundesverfassung genannt,<sup>57</sup> andererseits im Fortpflanzungsmedizinengesetz näher umschrieben.<sup>58</sup> Im Vergleich mit dem Verfassungstext gehen die gesetzlichen Einschränkungen jedoch weiter. So verbietet Art. 4 FMedG etwa die Eispende. Ein Entscheid, der vom Verfassungsgeber bewusst dem Gesetzgeber überlassen worden ist.<sup>59</sup> Auch im Bereich der Präimplantationsdiagnostik (PID) geht das Fortpflanzungsmedizinengesetz über die expliziten Vorgaben von Art. 119 BV hinaus. Seit dem Inkrafttreten des FMedG am 1. Januar 2001 ist gemäss Art. 5 Abs. 3 FMedG das Ablösen einer oder mehrerer Zellen von einem Embryo in vitro und deren Untersuchung verboten. In diesem Bereich zeichnet sich jedoch eine Gesetzesänderung ab, welche anstelle des Verbots die Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik in einem sehr begrenzten Rahmen vorsieht.<sup>60</sup>

### III. Voraussetzungen

[Rz 36] Die Voraussetzungen zur Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen sind in den Art. 3 und 5 ff. FMedG geregelt. Sie beziehen sich vor allem auf das zu behandelnde Paar und die medizinische Indikation.<sup>61</sup> Leitschnur für die Ausgestaltung der Voraussetzungen bildet dabei in erster Linie das Kindeswohl.

#### 1. Kindeswohl

[Rz 37] Ganz allgemein verlangt das Fortpflanzungsmedizin-gesetz in Art. 3 Abs. 1 FMedG bei jeder medizinisch assistierten Fortpflanzung die Gewährleistung des Kindeswohls.<sup>62</sup> Dieses ist oberstes Leitprinzip des Gesetzes und stets

massgebend dafür, ob überhaupt ein Fortpflanzungsverfahren angewendet werden darf.<sup>63</sup>

[Rz 38] Beim Kindeswohl handelt es sich um einen ursprünglich aus dem Familienrecht stammenden, nicht leicht fassbaren Grundsatz. Die Diskurse und Entwicklungen rund um diesen Begriff machen seine historische Betrachtungsweise und seine Abhängigkeit von wertenden Annahmen deutlich.<sup>64</sup> Zu den Elementen, welche die Ermittlung des Kindeswohls beeinflussen, zählen der Wunsch des Kindes (Art. 133 Abs. 2 ZGB), zumal es kaum ein Kindeswohl gegen den Kindeswillen geben kann, die Möglichkeit der harmonischen Entwicklung in körperlicher, geistiger und seelischer Hinsicht, die elterliche Fürsorge und Zuneigung, die emotionalen Bindungen, die Qualität, Stabilität und Kontinuität der Beziehungen sowie die körperlichen und psychischen Bedürfnisse des Kindes.<sup>65</sup>

[Rz 39] Mit den in den Art. 3 Abs. 2 und 3 FMedG zusätzlich genannten Voraussetzungen<sup>66</sup> strebte der Gesetzgeber die Absicherung weiterer Teilaspekte des Kindeswohls an: Das mittels Reproduktionsmassnahmen gezeugte Kind soll in Familienverhältnissen aufwachsen, wie sie auch unter «normalen» Umständen vorkommen und von den künftigen Eltern so lange wie möglich begleitet werden können. Angestrebt wird auch eine hohe Stabilität der Betreuungsverhältnisse des Kindes. Die Interessen und Wünsche der zu behandelnden Person haben hinter diesen Vorgaben zurückzutreten.<sup>67</sup> Insbesondere sollen nach Ansicht des Gesetzgebers allein-stehende Personen oder Paare in vorgerücktem Alter nicht mit Hilfe der medizinisch unterstützten Fortpflanzung Kinder zeugen können.<sup>68</sup> Auch gleichgeschlechtlichen Paaren, d.h. konkret lesbischen Paaren, ist der Zugang verwehrt.<sup>69</sup> Ebenso sollen Inzestverhältnisse oder die Zeugung von Kindern nach dem Tod ihrer genetischen Eltern oder von Eltern, die gar nie gelebt haben, verhindert werden.<sup>70</sup>

[Rz 40] Die behandelnden Ärzte haben im Vorfeld von fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen eine umfassende Abklärung im Hinblick auf das Kindeswohl und die

<sup>56</sup> ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Zeugung und Geburt vom Recht erfasst, Schweizer Versicherung, 6/2001, S. 92.

<sup>57</sup> Siehe vorne S. 13.

<sup>58</sup> Siehe auch MANAI (Fn. 15), S. 321 ff.

<sup>59</sup> BBl. 1996 III 215.

<sup>60</sup> Siehe Rz. 61 ff. und zum Stand des aktuellen Gesetzgebungsverfahrens <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=de>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>61</sup> Daneben sind in Art. 8 ff. FMedG verschiedene Bewilligungspflichten vorgesehen. Sie richten sich gemäss Art. 8 Abs. 1 FMedG an Personen, welche Fortpflanzungsverfahren anwenden, vorab an Ärztinnen und Ärzte sowie an Personen, die Keimzellen oder imprägnierte Eizellen zur Konservierung entgegennehmen oder gespendete Samenzellen vermitteln, ohne selber Fortpflanzungsverfahren anzuwenden, das heisst an das medizinische Laborpersonal.

<sup>62</sup> RUMO-JUNGO (Fn. 56), S. 91.

<sup>63</sup> THOMAS GÄCHTER/IRENE VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, 2. Auflage, Basel 2010, N 1017.

<sup>64</sup> ANDREA BÜCHLER/ROLF VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Basel 2007, S. 224.

<sup>65</sup> Umschreibung der Schweizer Rechtspraxis, vgl. BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 64), S. 225.

<sup>66</sup> Abs. 2 lit. a und b: Es muss zu den Eltern ein Kindesverhältnis im Sinne der Artikel 252–263 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) begründet werden kann; und die Eltern sollen auf Grund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Mündigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können. Abs. 3: Gespendete Samenzellen dürfen nur bei Ehepaaren verwendet werden.

<sup>67</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER (Fn. 63), N 1017.

<sup>68</sup> Siehe zu den im Rechtsvergleich unterschiedlichen Regelungsweisen der Fortpflanzungsmedizin: ANDREA BÜCHLER, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, S. 437 ff., 440 f.

<sup>69</sup> Vgl. auch die Ausführungen dazu unter Rz. 46 ff.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 4 FMedG.



dieses konkretisierenden gesetzlichen Voraussetzungen vorzunehmen.<sup>71</sup> Sie haben insbesondere in Anlehnung an die allgemeinen Voraussetzungen der Adoption Unmündiger (Art. 264 ZGB) die Einhaltung des Kindeswohls vor Beginn der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung zu prüfen.<sup>72</sup> Da das werdende Kind seinen eigenen Kindeswillen noch nicht auszudrücken vermag, ist auf diesen sensiblen Bereich ein besonderes Augenmerk zu legen.

## 2. Anforderungen an die werdenden Eltern

[Rz 41] Fortpflanzungsverfahren dürfen nach Art. 3 Abs. 2 lit. a und b FMedG nur bei Paaren angewendet werden, zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Art. 252–263 ZGB (Entstehung durch: Geburt, Geburt während der Ehe, Anerkennung oder gerichtliche Feststellung) begründet werden kann und die auf Grund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich lange Zeit für dessen Pflege und Erziehung sorgen können. Nach lit. c derselben Bestimmung dürfen gespendete Samenzellen ausschliesslich bei Ehepaaren verwendet werden.<sup>73</sup>

[Rz 42] Die gesetzliche Regelung lässt erkennen, dass der Schwerpunkt der Anforderungen an die Wunschelementen vor allem auf der Stabilität ihrer Beziehung und – ausser bei der Samenspende – nicht auf einer bestehenden Ehe liegt. Die Behandlung soll nur bei gegengeschlechtlichen Paaren vorgenommen werden, welche die Elternverantwortung für das Kind gemeinsam tragen wollen. Die Einführung einer festen Altersgrenze bei den Eltern wird abgelehnt; als massgebend erscheint die natürliche Altersgrenze der weiblichen Fruchtbarkeit.<sup>74</sup> Dieser Gedanke erscheint insofern sinnvoll, als die Eltern im Interesse des Kindeswohls über längere Zeit für ihre Kinder sorgen können.<sup>75</sup>

## 3. Indikation

[Rz 43] Der Zugang zu den Fortpflanzungsmethoden ist

<sup>71</sup> Nach Auskunft vom 8. Dezember 2010 von Dr. med. Bruno Imthurn, Klinik für Reproduktions-Endokrinologie am Universitätsspital Zürich, steht das Kindeswohl bei jeder Behandlung im Zentrum der Überlegungen, insbesondere aber bei psychiatrischen oder schweren somatischen Nebendiagnosen sowie bei vererbaren Erkrankungen des Paares. In schwierigen Fällen wird ein ethischer Entscheid im Team gefällt und bei Bedarf eine klinische Ethikerin zur Unterstützung hinzugezogen.

<sup>72</sup> BBl. 1996 III 249.

<sup>73</sup> Zum Ganzen z.B. MANAI (Fn. 15), S. 323 ff.

<sup>74</sup> Siehe BBl. 1996 III 250 ff.

<sup>75</sup> Kürzlich wurde in der Zeitung berichtet, dass eine 64-jährige Frau durch die Spende einer Eizelle schwanger wurde und nun ein Kind zur Welt gebracht hat, vgl. NZZ vom 8. Dezember 2010 (Nr. 286) S. 26. Wenn dieses Kind volljährig ist, wird seine Mutter 82 Jahre alt sein. Ob sie bis in diesem hohen Alter noch für das Kind sorgen kann, muss bezweifelt werden. Trotz steigender Lebenserwartung und besserer medizinischer Versorgung ist u.E. fraglich, ob eine Person in diesem Alter noch den Anforderungen an die Erziehung eines Kindes in der Pubertät gewachsen ist. Siehe auch den kritischen Beitrag von ELISABETH BECK-GERNSHEIM: Wenn der Kinderwunsch keine Grenzen mehr kennt, NZZ vom 8. Dezember 2010 (Nr. 286) S. 25.

durch Festlegung der dafür nötigen Indikation restriktiv ausgestaltet. Fortpflanzungsmedizinische Massnahmen sollen erst angewendet werden, wenn alle anderen medizinischen Massnahmen versagt haben oder von vorneherein als aussichtslos erscheinen. Entsprechend dürfen gemäss Art. 5 Abs. 1 FMedG Verfahren der Fortpflanzungsmedizin nur bei einer anders nicht behebbaren Unfruchtbarkeit angewendet werden oder wenn die Gefahr der Übertragung einer schweren, unheilbaren Krankheit auf die Nachkommen nicht anders abgewendet werden kann.

## IV. Charakterisierung des schweizerischen Fortpflanzungsmedizinrechts

[Rz 44] Obwohl das Fortpflanzungsmedizinengesetz erst seit einem Jahrzehnt in Kraft steht, widerspiegelt es Werthaltungen, die heute nicht mehr von einem gleich breiten Konsens getragen werden. Es ist insgesamt eher vorsichtig und zurückhaltend ausgestaltet<sup>76</sup> und dient vielmehr der Regulierung und – gemäss dem Verfassungsauftrag – der Missbrauchsvermeidung<sup>77</sup> als der Förderung der Fortpflanzungsmedizin.

[Rz 45] Die öffentlichen Diskussionen der letzten Jahren lassen erkennen, dass sich die Einstellung gegenüber der Fortpflanzungsmedizin gewandelt hat und einige der expliziten und impliziten Zugangsschranken in Frage gestellt werden. Im Folgenden wird deshalb der Frage nachgegangen, ob es geboten wäre, einige Zugangsschranken zur Fortpflanzungsmedizin abzubauen.

## D. Fortpflanzungsmedizin und gleichgeschlechtliche Partnerschaft

### I. Gesetzliche Grundlagen

[Rz 46] Gleichgeschlechtliche Partnerinnen und Partner sind weder zur Adoption noch zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen, was sich für Paare, die in eingetragener Partnerschaft leben, ausdrücklich aus Art. 28 PartG<sup>78</sup> ergibt.

[Rz 47] Diese Beschränkungen sind teilweise bereits in der Verfassung angelegt: Aufgrund von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV ist lesbischen Paaren der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin verwehrt, da als Indikation bzw. Voraussetzung für die Anwendung reproduktionsmedizinischer Massnahmen die

<sup>76</sup> Siehe auch BÜCHLER (Fn. 68), S. 446 f.

<sup>77</sup> Siehe etwa die eindrückliche Auflistung der im FMedG enthaltenen Verbote bei SUZETTE SANDOZ, Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée, ZVW 2001, S. 90 ff., 92 f.

<sup>78</sup> Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG), (SR 211.231).

«Unfruchtbarkeit» verlangt wird.<sup>79</sup> Wie sich aus den Materialien ergibt, gilt ein Paar, bei welchem trotz ungeschütztem, regelmässigem Geschlechtsverkehr innerhalb eines oder zweier Jahre keine Schwangerschaft eintritt, als unfruchtbar im Sinne der Verfassung.<sup>80</sup> Diese Voraussetzung kann ein lesbisches Paar von vornherein nicht erfüllen, da bei ihm nicht die Unfruchtbarkeit, sondern die durch die Gleichgeschlechtlichkeit bedingte Fortpflanzungsunfähigkeit zur Kinderlosigkeit führt.<sup>81</sup>

[Rz 48] Bei schwulen Paaren geht die Botschaft davon aus, dass das Zugangsverbot aus Art. 119 Abs. 2 lit. d BV resultiert, wonach alle Arten von Leihmutterschaften untersagt sind.<sup>82</sup> Indes liegt Leihmutterschaft nur bei einer Eispende oder einem Embryonentransfer vor, nicht aber bei der Insemination mit dem Sperma eines der Partner. In diesem Fall spricht man von Ersatzmutterschaft.<sup>83</sup> Im Folgenden wird die Frage der Ersatzmutterschaft bei schwulen Paaren nicht weiter vertieft, da die Rechts- und Interessenlage durch den intensiven Einbezug einer Drittperson (Ersatzmutter) anders ist als bei der blossen Öffnung des Zugangs zu gespendeten Samen für lesbische Paare. Die Frage der Ersatzmutterschaft bedürfte einer vertieften Erörterung, die den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde.

[Rz 49] Die genannten Beschränkungen, die vom Gesetzgeber in Art. 3–5 FMedG in verschiedenen Aspekten nachvollzogen worden sind, beruhen auf einem traditionellen Familienbild. Dieses geht von natürlich vorgegebenen Familienstrukturen aus, nach welchen jedes Kind eine Mutter und einen Vater hat und diese für die Entwicklung des Kindes ihre spezifische Bedeutung haben.<sup>84</sup> Diese Grundbedingungen der menschlichen Existenz sind nach Meinung des Gesetzgebers auch bei der Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Methoden zu beachten und garantieren die Wahrung des Kindeswohls.<sup>85</sup>

## II. Gesellschaftliche Entwicklungen

[Rz 50] In der Literatur wird die herkömmliche Ansicht des Gesetzgebers zu Ehe und Familie vermehrt in Frage gestellt.<sup>86</sup> Tatsache ist, dass sich die Familien- und Lebensfor-

men in den letzten Jahrzehnten weiterentwickelt und damit verändert haben. Genau wie das Kindeswohl unterliegt auch das gesellschaftliche Verständnis von Familie und familiärem Zusammenleben einem ständigen Wandel. Somit ist das klassische Familienbild von Mutter, Vater und Kind(ern) immer mehr als eine von mehreren möglichen Lebensformen zu sehen.<sup>87</sup> Dass auch neuere Familien- und Lebensformen dem Kindeswohl gerecht werden können, wird immer häufiger vermutet und belegt.

[Rz 51] In der neueren Entwicklungspsychologie herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass sich die kindliche Geschlechtsidentität auch bei gleichgeschlechtlichen Eltern adäquat entwickelt. Die Mädchen identifizieren sich als weiblich und die Jungen als männlich.<sup>88</sup> Auch das geschlechtsspezifische Rollenverhalten entwickelt sich «normal», d.h. die Mädchen zeigen ein Verhalten, das herkömmlich als typisch weiblich gilt, die Jungen verhalten sich typisch männlich.<sup>89</sup> Im Weiteren scheint erwiesen zu sein, dass ein Kind seine sexuelle Orientierung nicht über die Vorbilder gleichgeschlechtlicher Eltern oder alleinerziehender Elternteile erwirbt. Sowohl Kinder die bei homosexuellen, als auch solche die bei heterosexuellen Eltern aufwachsen, werden nach derselben Wahrscheinlichkeit homosexuell.<sup>90</sup>

[Rz 52] Weiter ist es bereits heute eine Tatsache, dass viele gleichgeschlechtliche Paare – trotz dem im Fortpflanzungsmedizinengesetz bestehenden Verbot – mit Kindern als sogenannte «Regenbogenfamilie» zusammen leben. Entweder kann das aus einer heterosexuellen Beziehung entstammende Kind durch seine lesbische Mutter oder seinen schwulen Vater in die Lebensgemeinschaft eingebracht werden oder es kann ein Kind aufgrund des gemeinsamen Entschlusses der beiden homosexuellen Partnerinnen oder Partner in die Partnerschaft hineingeboren oder von aussen aufgenommen werden.<sup>91</sup> Nachteilige Entwicklungen im Sinne des Kindeswohls können sowohl bei hetero- als auch bei homosexuellen

<sup>79</sup> REUSSER/SCHWEIZER (Fn. 6), Art. 119 BV N 29.

<sup>80</sup> BBl. 1996 III 255.

<sup>81</sup> REUSSER/SCHWEIZER (Fn. 6), Art. 119 BV N 29. Mit guten – systematischen – Argumenten kritisch zu dieser wohl nach wie vor herrschenden Meinung JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Thomas Geiser/Philipp Grempfer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007, Art. 28 PartG N 36 ff.

<sup>82</sup> BBl. 2002 1324.

<sup>83</sup> INGEBORG SCHWENZER, in: Andrea Büchler (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Art. 28 PartG N 17.

<sup>84</sup> REUSSER/SCHWEIZER (Fn. 6), Art. 119 BV N 17.

<sup>85</sup> BBl. 1996 III 250 f.

<sup>86</sup> Siehe z.B. EYLEM COPUR, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Dissertation, Bern 2008, S. 59 f.; CHRISTIAN MÜLLER-GÖTZMANN, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft. Eine

arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, Berlin 2009, S. 62 ff.

<sup>87</sup> Siehe dazu auch: ELISABETH BECK-GERNSHEIM, Wenn der Kinderwunsch keine Grenzen mehr kennt, NZZ vom 8. Dezember 2010 (Nr. 286) S. 25, insbesondere die Ausführungen zum Untertitel «Neue Gruppen».

<sup>88</sup> MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 86), S. 66; WASSILIOS E. FTHENAKIS, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und kindliche Entwicklung, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Heinz Kötz/Peter Dopffel (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen 2000, S. 383; WALTER BERGER/GÜNTER REISBECK/PETRA SCHWER, Lesben – Schwule – Kinder, Eine Analyse zum Forschungsstand, Düsseldorf 2000, S. 18; UDO RAUCHFLEISCH, Alternative Familienformen, Göttingen 1997, S. 47 f.; Auch BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 64) gehen von gleichen Entwicklungsperspektiven aus, vlg. S. 168.

<sup>89</sup> MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 86), S. 67.

<sup>90</sup> MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 86), S. 67 f.; RAUCHFLEISCH (Fn. 88), S. 77 m.w.H.

<sup>91</sup> SCHWEIGHAUSER (Fn. 81), Art. 28 PartG N 3; SCHWENZER (Fn. 83), Art. 28 PartG N 7 f.



Paaren auftreten, scheinen aber weder von der einen noch der anderen Lebensform begünstigt zu werden.

### III. Grundrechtliche Überlegungen zum Zugang zur Fortpflanzungsmedizin

[Rz 53] Durch die beschriebenen Zugangsbeschränkungen werden die Partnerinnen und Partner gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in ihrer Fortpflanzungsfreiheit und damit in ihrem Recht auf persönliche Freiheit berührt.<sup>92</sup> Auch für sie stellt die Verwirklichung ihres Kinderwunsches einen Aspekt ihrer Persönlichkeitsentfaltung dar, der schützenswert ist. Das Grundrecht vermittelt deshalb grundsätzlich auch gleichgeschlechtlichen Paaren einen Anspruch, nicht am Zugang zur medizinisch assistierten Fortpflanzung gehindert zu werden.<sup>93</sup> Weiter ist zu bedenken, dass Art. 8 Abs. 2 BV Diskriminierungen aufgrund der Lebensform verbietet, worunter insbesondere auch Diskriminierungen aufgrund gleichgeschlechtlicher Beziehungen verstanden werden.<sup>94</sup> Es bedarf qualifizierter Gründe, um Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen, die direkt oder indirekt am Merkmal der Lebensform anknüpfen.

[Rz 54] Der Gesetzgeber rechtfertigt die Zugangsbeschränkungen nach wie vor mit dem Vorliegen von höheren öffentlichen Interessen wie etwa dem Schutz des Kindeswohls.<sup>95</sup> Er kann seine Restriktionen zudem auf die herrschende Lehre zum verfassungsrechtlich vorgegebenen Begriff der Unfruchtbarkeit i.S. von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV stützen. Während sich die sachliche Begründetheit der Einschränkungen aufgrund des Kindeswohls nach neueren Erkenntnissen zumindest hinterfragen lässt, stellt die auf Verfassungsebene enthaltene Restriktion von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV ein eigentliches Hindernis dar, um den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für lesbische Paare zu öffnen. Als Verfassungsschranke beschränkt dieses auch die aus Art. 10 Abs. 2 BV fließende Fortpflanzungsfreiheit sowie die Tragweite von Art. 8 Abs. 2 BV bezüglich der hier interessierenden Frage.

### IV. Zwischenfazit

[Rz 55] Falls sich die neueren Studien bezüglich der Entwicklung der Kinder, die mit gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsen, etablieren und sich eine rechtliche Regelung ausserehelicher Kindesverhältnisse in Zukunft vermehrt aufdrängt, kann man sich fragen, ob es nicht sinnvoll wäre, die Entstehung des Kindesverhältnisses durch die Fortpflanzungsmedizin zu unterstützen. Dies zum einen weil sich aus grundrechtlicher Sicht das Zugangsverbot in der Fortpflanzungsmedizin kaum mehr rechtfertigen lässt, zum anderen

hätten diese Kinder nicht stets einen rechtlichen und einen «sozialen» Elternteil, sondern zwei rechtliche Elternteile, zu denen ein vollständiges Kindesverhältnis begründet würde. Im Weiteren könnte dann mit Sicherheit die Identität des Vaters gemäss Art. 27 FMedG bestimmt werden.<sup>96</sup>

[Rz 56] Im angloamerikanischen Rechtskreis, aber auch in Spanien, Belgien und den Niederlanden, sind lesbische Paare bereits zur Fortpflanzungsmedizin zugelassen.<sup>97</sup> Faktisch ist es damit bereits heute in der Schweiz wohnhaften und lesbischen Frauen möglich, im Ausland legal fortpflanzungsmedizinische Massnahmen in Anspruch zu nehmen. Den Realitäten und Problemen in diesem Bereich wird sich der Gesetzgeber nicht auf Dauer entziehen können.<sup>98</sup> In politischer Hinsicht dürfte allerdings insofern mit einigem Widerstand zu rechnen sein, als die Frage des Adoptionsrechts und des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin bereits bei der Schaffung der Partnerschaftsgesetzes sowie im Rahmen des Abstimmungskampfes dazu heftig umstritten war.<sup>99</sup>

[Rz 57] Zu bedenken ist dabei allerdings, dass sich eine eigentliche Öffnung der Fortpflanzungsmedizin für lesbische Paare nur erreichen lässt, wenn zugleich der verfassungsrechtliche Unfruchtbarkeitsbegriff in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV angepasst wird. Da – wie sogleich noch darzulegen ist – im Hinblick auf die eingeschränkte Zulassung der Präimplantationsdiagnostik in nächster Zeit ohnehin mit einer Anpassung dieser Bestimmung zu rechnen ist, würde es sich anbieten, auch die verfassungsrechtliche Zugangsbeschränkung zur Fortpflanzungsmedizin für lesbische Paare zu überdenken.<sup>100</sup>

## E. Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (PID)

### I. Definition und Bedeutung der PID für die Fortpflanzungsmedizin

[Rz 58] Die Präimplantationsdiagnostik ist ein medizinisches Verfahren, das im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation durchgeführt wird und bei welchem das Erbgut von Embryonen

<sup>92</sup> Siehe beim grundrechtlichen Teil, Rz. 7, 17.

<sup>93</sup> KUHN (Fn. 1), S. 65.

<sup>94</sup> Siehe etwa SCHWEIGHAUSER (Fn. 81), Art. 28 PartG N 41, mit w.H.

<sup>95</sup> Vgl. die Ausführungen, Rz. 37 ff.

<sup>96</sup> Lassen sich lesbische Paare von einem Mann in ihrem Bekanntenkreis eine Samenspende zukommen, welche sie dann bei einer der Partnerinnen selbst einführen, so kommt es vor, dass das Kind über seine biologische Herkunft faktisch im Ungewissen bleibt.

<sup>97</sup> SCHWENZER (Fn. 83), Art. 28 PartG N 16, 18; vgl. zur Zulassungspraxis im europäischen Vergleich: BIANKA DÖRR/MARGOT MICHEL, Präimplantationsdiagnostik, in: Jusletter 17. August 2009, Rz. 33 ff.

<sup>98</sup> Ein Fall, in dem es genau um eine verwandte Fragestellung geht, ist im Moment am Obergericht des Kantons Zürich hängig. Vgl. «Keine Adoption für Frauenpaar», NZZ vom 6. Dezember 2010 (Nr. 284) S. 11.

<sup>99</sup> SCHWEIGHAUSER (Fn. 81), Art. 28 PartG N 1 f.

<sup>100</sup> Denkbar wäre, dass im Rahmen dieser angestrebten Verfassungsrevision dem gleichen Wortlaut ein neuer Sinn beigemessen würde: nämlich der, dass sich das Kriterium der Unfruchtbarkeit gerade nicht auf lesbische Paare bezieht.

auf genetische Anomalien untersucht wird, bevor diese in die Gebärmutter eingebracht werden.<sup>101</sup>

[Rz 59] Die entnommenen Zellen werden auf erbliche Krankheiten, die familiär gehäuft auftreten, getestet. Es wird grundsätzlich zwischen drei verschiedenen genetisch bedingten Erkrankungsformen unterschieden: Monogenetische Erbkrankheiten, multifaktoriell bedingte Erbkrankheiten und Chromosomenstörungen. Bei den monogenetischen Erbkrankheiten können heute beispielsweise die Huntington-Krankheit<sup>102</sup>, die myotone Dystrophie<sup>103</sup> oder die zystische Fibrose<sup>104</sup> diagnostiziert werden. Von den Genen, die mittels Präimplantationsdiagnostik nachgewiesen werden können und die am Auftreten von multifaktoriell bedingten Erbkrankheiten beteiligt sind, sind erst wenige bekannt. Unter anderem aber können bestimmte Formen des Brustkrebses diagnostiziert werden. Bei den Chromosomenstörungen können sowohl numerische als auch strukturelle Störungen erkannt werden.<sup>105</sup>

[Rz 60] Die PID ist aus moralischen und ethischen Gründen umstritten und in der Schweiz momentan noch verboten. Das Verbot der PID wiederum bildet eine faktische Zugangsschranke zur Fortpflanzungsmedizin, da viele Paare sich nicht für eine – kostenintensive und zudem körperlich und psychisch sehr beschwerliche – In-vitro-Fertilisation entscheiden, wenn sie dabei riskieren müssen, allenfalls kranke Embryonen eingepflanzt zu bekommen. Es ist damit zu rechnen, dass die Zahl der In-vitro-Fertilisationen mit einer Lockerung des PID-Verbots steigen und die Attraktivität dieses Verfahrens wachsen wird. Insofern ist die Lockerung des PID-Verbots auch als Abbau einer faktischen Zugangsschranke zur In-vitro-Fertilisation und damit zur Fortpflanzungsmedizin an sich zu verstehen.

<sup>101</sup> Erläuternder Bericht zum Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Zulassung und Regelung der Präimplantationsdiagnostik), 2009, S. 3.

<sup>102</sup> Die Huntington-Krankheit (Chorea Huntington) ist eine neurodegenerative Krankheit, die nicht therapierbar ist. Nach ihrem Ausbruch, der mit ca. 40 Jahren erfolgt, führt sie zu körperlichen und geistigen Veränderungen und in einem Zeitraum von mehreren Jahren bis Jahrzehnten zum Tod. Vgl. <<http://www.shv.ch/de/huntington-krankheit>>, besucht am: 14. Januar 2011.

<sup>103</sup> Myotone Dystrophie (Curschmann-Steinert) ist eine degenerative Muskelerkrankung, welche mehrere Organe befällt. Normalerweise bricht sie bereits kurz nach der Geburt oder während den ersten Lebensjahren aus. Der Schweregrad der Krankheit ist sehr verschieden. Vgl. <[www.sgmk.ch/Bibliothek/mkrankheiten/myotonedystro.pdf](http://www.sgmk.ch/Bibliothek/mkrankheiten/myotonedystro.pdf)>, besucht am: 14. Januar 2011.

<sup>104</sup> Zystische Fibrose ist die häufigste Stoffwechselerkrankung in Westeuropa. Es handelt sich dabei um eine chronisch verlaufende, fortschreitende Erkrankung, welche nicht geheilt werden kann und die vor allem die Lunge und den Verdauungstrakt betrifft. Die Lebenserwartung erkrankter Menschen ist stark herabgesetzt. Vgl. <[http://www.cfch.ch/de/cystische\\_fibrose.html](http://www.cfch.ch/de/cystische_fibrose.html)>, besucht am: 14. Januar 2011.

<sup>105</sup> Erläuternder Bericht zum Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Zulassung und Regelung der Präimplantationsdiagnostik), 2009, S. 12 ff; DÖRR/MICHEL (Fn. 97), Rz. 7 ff.

## II. Stand der laufenden Revision

[Rz 61] Wie bereits erwähnt<sup>106</sup> verbietet Art. 5 Abs. 3 FMedG gegenwärtig die Präimplantationsdiagnostik, indem das Ablösen einer oder mehrerer Zellen von einem Embryo in vitro und deren Untersuchung nicht erlaubt ist.

[Rz 62] Im Zusammenhang mit dem Verbot der Präimplantationsdiagnostik stehen auch die sogenannte «Dreier-Regel» (Art. 17 Abs. 1 FMedG), nach welcher pro Behandlungszyklus maximal drei Embryonen entwickelt werden dürfen, sowie das Verbot der Kryokonservierung von Embryonen (Art. 17 Abs. 3 FMedG). Diese beiden Vorschriften wiederum setzen die in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV enthaltene Vorgabe um, nach welcher nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, als ihr sofort eingepflanzt werden können.

[Rz 63] Die nun laufende Revision im Bereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes und des Art. 119 BV geht auf einen parlamentarischen Auftrag<sup>107</sup> an den Bundesrat zurück, in dessen Folge er einen Vorschlag zur Zulassung der Präimplantationsdiagnostik ausgearbeitet und diesen am 19. Februar 2009 in die Vernehmlassung geschickt hat. Nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens am 18. Mai 2009 und der Auswertung der Ergebnisse<sup>108</sup> hat der Bundesrat beschlossen, den Entwurf<sup>109</sup> zur Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes zu überarbeiten. Die Vernehmlassungsergebnisse haben gezeigt, dass die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik befürwortet, die restriktiven Rahmenbedingungen jedoch abgelehnt werden.

[Rz 64] Mit den im Rahmen der bundesrätlichen Überarbeitung vorgesehenen Anpassungen soll die Chance auf einen gesunden Embryo erhöht (Aufhebung der «Dreier-Regel» im Rahmen der Präimplantationsdiagnostik) und der Gesundheitsschutz der Frau verbessert werden (Aufhebung des Verbots der Kryokonservierung von Embryonen im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin). An diesen beiden Regeln hat der Bundesrat bislang festgehalten. Die «Good Medical Practice» geht jedoch davon aus, dass durch Festhalten an der «Dreier-Regel» die Erfolgchancen der PID erheblich vermindert werden. Internationale Erfahrungen zeigen, dass ungefähr zehn Embryonen benötigt werden, um das mit der PID verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>110</sup> Im Weiteren wird die Regelung

<sup>106</sup> Vgl. Rz. 35.

<sup>107</sup> Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur, Motion 04.3439, eingereicht am 2. September 2004.

<sup>108</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT, Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Zulassung der Präimplantationsdiagnostik), Ergebnis der Vernehmlassung, Mai 2010, abrufbar unter: <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=de>>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>109</sup> Entwurf Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, abrufbar unter: <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=de>>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>110</sup> Vgl. BERNHARD RÜTSCH, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil., Zürich/St. Gallen

betreffend die behördliche Überwachung der Präimplantationsdiagnostik überprüft und gegebenenfalls angepasst. Die Bestimmungen zur Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften werden beibehalten.<sup>111</sup> In der ersten Hälfte des Jahres 2011 ist die Durchführung der zweiten Vernehmlassung zur Änderung des Art. 119 BV und zum überarbeiteten Entwurf des Fortpflanzungsmedizingesetzes geplant.

### III. Einige Gedanken zur Einführung der Präimplantationsdiagnostik<sup>112</sup>

[Rz 65] In der Frage, ob und in welchem Rahmen die Präimplantationsdiagnostik zulässig sein soll, vereinigen sich neben rechtlichen Überlegungen vor allem auch Aspekte der Individual- und Sozialethik, die zu grundlegenden Wertungskonflikten führen. Der grundrechtlich geschützten, reproduktiven Autonomie des einzelnen Paares steht das auf die Menschenwürde bezogene, aber nicht abschliessend bestimmbare Schutzmass des Embryos gegenüber. Somit erstaunt es nicht, dass in unserer pluralistischen und post-traditionalen Gesellschaft in Bezug auf die Zulässigkeit und gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik kein gesellschaftlicher Konsens besteht.

#### 1. Argumente gegen die Präimplantationsdiagnostik

[Rz 66] Gegen die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik spricht, vorab aus rein wissenschaftlicher Sicht, dass im Moment noch keine Aussagen über Langzeitschäden gemacht werden können. Das erste, nach einer präimplantationsdiagnostischen Behandlung geborene Kind kam 1991 auf die Welt und ist heute knapp 20 Jahre alt.

[Rz 67] Dagegen spricht auch, dass für die Entnahme der für die Untersuchung benötigten Zellen ein Loch in die Zellmembran gemacht werden muss, wodurch die Embryonen in vitro geschädigt werden. In der Regel überstehen sie dies ohne Komplikationen, selten wird dadurch die Implantationsfähigkeit vermindert oder sie sterben ab.

[Rz 68] In der Lehre ist umstritten, inwieweit der Embryo vom Schutzbereich nach Art. 7 BV tatsächlich erfasst ist. Zwar beginnt der Schutz der Menschenwürde bereits vor der Entstehung der rechtlich geschützten Person und reicht insofern weiter als der Persönlichkeitsschutz. Ob der Embryo in vitro jedoch bereits Träger von der Menschenwürde als

Individualrecht ist oder ob der Menschenwürde im Umgang mit Embryonen einfach als Verfassungsprinzip Bedeutung zukommt, ist noch ungeklärt.<sup>113</sup> Gewisse Kreise sehen in der Menschenwürde einen umfassenden Schutz, der auch den Embryo in vitro vollumfänglich erfasst. Sie lehnen die Präimplantationsdiagnostik aus besagtem Grund ab.

[Rz 69] Nebst diesen medizinischen oder grundrechtlich motivierten Bedenken wird die Argumentation der Gegner der Präimplantationsdiagnostik meist auf einer ethischen und gesellschaftspolitischen Ebene geführt. Diesen Szenarien liegt die Befürchtung zugrunde, dass mit der Zulassung der Präimplantationsdiagnostik das Tor zu einer Entwicklung geöffnet werde, die sich nicht mehr aufhalten lasse und unabsehbare Nachteile und Folgen nach sich ziehen werde.<sup>114</sup> Gegen die Zulassung sprechen nach dieser Argumentation Gründe wie der mögliche Verlust an Solidarität in der Gesellschaft für kranke und behinderte Menschen,<sup>115</sup> die Entstehung eines psychologischen Drucks auf werdende Eltern zur medizinischen Überwachung ihrer Fortpflanzung und damit die Herausbildung von Automatismen in der Selektionsentscheidung gegen das kranke oder behinderte Kind. Gefährdet sehen sie auch das Gleichbehandlungsgebot und damit die elementare Grundlage unserer Gesellschaft in dem Sinne, dass den Kindern, die nach einer Präimplantationsdiagnostik geboren werden, eine genetische Expertise ausgestellt werde. Durch den kontrollierten Eingriff in die genetische Ausstattung werde eine Zwei-Klassen-Gesellschaft derer gebildet, die von Natur aus geworden, und solcher, die technisch und genetisch überprüft oder in ferner Zukunft sogar gemacht sein würden.<sup>116</sup>

#### 2. Argumente für die Präimplantationsdiagnostik

[Rz 70] Für die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik spricht vorab, dass sie schwere und existenzielle Belastungssituationen verhindern kann, indem die Eltern nicht in eine unzumutbare Situation geraten, welche sie körperlich und seelisch stark beeinträchtigen kann. Die Präimplantationsdiagnostik dient in diesem Sinn nicht in erster Linie dem Kind, welchem das Leben mit einer schweren Krankheit oder Behinderung erspart werden soll, und auch nicht Dritten, wie beispielsweise der Gesellschaft, den Krankenversicherungen oder dem Sozialstaat, sondern den Eltern. Zudem

2009, S. 517 f.; JEAN MARTIN, PID – ein unverständlicher Gesetzesentwurf, Schweizerische Ärztezeitung 2009, S. 552; DÖRR/MICHEL (Fn. 97), Rz. 17.

<sup>111</sup> Eidgenössisches Departement des Innern, Medienmitteilung vom 26. Mai 2010, abrufbar unter: <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=de>>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>112</sup> Grundlage dieses Abschnittes bildeten die zusammenfassenden Ausführungen in: Erläuternder Bericht zum Entwurf zur Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik) vom 18. Februar 2009, S. 16, 60 f., abrufbar unter: <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=de>>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>113</sup> WALTER HALLER, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: Detlef Merten/Hans-Hürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Zürich/St. Gallen 2007, S. 199 ff.; REUSSER/SCHWEIZER (Fn. 6), Art. 119 BV, N 14; DÖRR/MICHEL (Fn. 97), Rz. 14.

<sup>114</sup> Sog. «slippery-slope-» Szenarien.

<sup>115</sup> ELISABETH BECK-GERNSHEIM, Präimplantationsdiagnostik: Welche Folgen?, in: Bernhard Nacke/Stephan Ernst, Das Ungeteiltsein des Menschen. Stammzellenforschung und Präimplantationsdiagnostik, Mainz 2002, S. 121–132.

<sup>116</sup> JÜRGEN HABERMAS, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Frankfurt/Main 2005, S. 52.



erlaubt dieser Fokus, dass Aussagen über die Lebensqualität behinderter oder erkrankter Kinder vermieden werden.<sup>117</sup>

[Rz 71] Weiter soll die Präimplantationsdiagnostik möglich sein, weil sie eine Alternative zur Pränataldiagnostik darstellt. Im Moment besteht ein drastisches Ungleichgewicht zwischen dem Schutz der Embryonen in vivo und dem Schutz der Embryonen in vitro. Dadurch dass die Pränataldiagnostik in der Schweiz – im Gegensatz zur Präimplantationsdiagnostik – gesellschaftlich akzeptiert ist und praktiziert werden darf, erfährt der Embryo in vitro den umfassenderen Schutz als der Embryo in vivo. Es ist namentlich erlaubt, pränatale Untersuchungen, wie u.a. eine Fruchtwasserpunktion, vornehmen zu lassen und je nach Testresultat den Embryo in vivo innerhalb der Fristenregelung abzutreiben. Es ist hingegen nicht erlaubt, den Embryo in vitro vor Einpflanzung in den Mutterleib zu untersuchen. Durch die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik würden die gesetzlichen Schutzbereiche des ungeborenen Lebens in vivo und in vitro etwas angeglichen. Der Wertungswiderspruch würde zwar etwas abgefedert, bleibt aber dennoch bestehen.<sup>118</sup> Jedenfalls könnte den Paaren so die Belastung einer «Schwangerschaft auf Probe» erspart werden und es wird denjenigen Paaren die Möglichkeit eröffnet, ein Kind zu bekommen, die dies aufgrund ihrer eigenen leidvollen Erfahrungen oder denjenigen ihrer Angehörigen nicht gewagt hätten.

[Rz 72] Im Weiteren besteht die Tendenz, dass sich heute viele Paare aufgrund des restriktiv ausgestalteten schweizerischen Fortpflanzungsmedizingesetzes im Ausland in einer Fruchtbarkeitsklinik behandeln lassen. Durch die Liberalisierung eines Teils des Fortpflanzungsmedizingesetzes würden wohl einige Paare diese Reise und die damit verbundenen Kosten nicht auf sich nehmen und die Behandlung könnte in der Schweiz durchgeführt werden; und dies vor allem in einem gesetzlich abgesteckten, ethisch vertretbaren und kontrollierten Rahmen.<sup>119</sup>

### 3. Zusammenfassende Betrachtung

[Rz 73] Die im Präimplantationsstadium durchgeführte Untersuchung hat, in der sehr restriktiven Ausgestaltung wie sie in der Schweiz zugelassen werden soll, nicht das Ziel, eine Rasse oder eine Nation zu stärken, um im sozialdarwinistischen Überlebenskampf die Oberhand zu gewinnen. Es soll weder ein Genpool geschaffen werden, um die Bevölkerung zu verbessern, noch allen Wünschen von werdenden Eltern im Hinblick auf Art, Geschlecht oder sonstigen Eigenschaften des Kindes, gefolgt werden. Zweck der neuen Regelung ist

vielmehr, Eltern die Verwirklichung des Wunsches zu ermöglichen, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen.<sup>120</sup>

[Rz 74] Ob letztlich die befürchteten Zweifel berechtigt sind und unerwünschte Auswirkungen tatsächlich eintreten werden, kann nicht mit abschliessender Sicherheit gesagt werden. Eine solche Sicherheit wäre aber auch nicht mit einem umfassenden Verbot der Präimplantationsdiagnostik oder durch die Zulassung derselben zu gewinnen, zumal durch die Präimplantationsdiagnostik auch nur ein verschwindend kleiner Bruchteil aller Beeinträchtigungen der Gesundheit vermieden werden kann. Damit sind die befürchteten Risiken wohl nicht konkret genug, um ein Verbot weiterhin zu legitimieren.

[Rz 75] Die bislang diskutierte Neuregelung der Präimplantationsdiagnostik ist restriktiv und vorsichtig ausgestaltet. Durch die darin unter anderem vorgesehene konstante sozialpsychologische sowie soziologische Untersuchung der Auswirkungen und die Förderung der wissenschaftlichen Forschung<sup>121</sup> können frühzeitig negative Entwicklungen und Anzeichen eruiert und kann ihnen in der Folge entgegenge wirkt werden.<sup>122</sup>

## F. Sozialversicherungsrechtliche Vergütung fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen<sup>123</sup>

[Rz 76] Eine nicht zu unterschätzende Schranke für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin bildet die gegenwärtig sehr stark eingeschränkte Übernahme fortpflanzungsmedizinischer Leistungen durch die Sozialversicherungen, namentlich durch die Krankenversicherung, weshalb die geltende Rechtslage sowie die allfällige Entwicklung der Kostenübernahme etwas ausführlicher dargestellt wird.

### I. Grundsätzliches zum schweizerischen System der Leistungsvergütung in der Krankenversicherung

#### 1. Voraussetzungen und Umfang der Kostenübernahme

[Rz 77] Liegt eine Krankheit beziehungsweise ein

<sup>117</sup> DÖRR/MICHEL (Fn. 97), Rz. 27.

<sup>118</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen bei DÖRR/MICHEL (Fn. 97), Rz. 56.

<sup>119</sup> Siehe dazu: BRUNO IMTHURN, Lockern wir die Verbote in der Fortpflanzungsmedizin, NZZ am Sonntag, 21. November 2010, S. 23.

<sup>120</sup> BERNHARD RÜTSCH, Eugenik und Verfassung, Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl 111/2010, S. 300.

<sup>121</sup> Art. 14b E FMedG.

<sup>122</sup> NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN (NEK-CNE), Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme Nr. 10/2005, S. 52.

<sup>123</sup> Die nachfolgenden Abschnitte lehnen sich stark an oder übernehmen ganze Passagen aus GÄCHTER/VOLLENWEIDER (Fn. 63) und THOMAS GÄCHTER, Krankenversicherungsfinanzierte Reproduktionsmedizin, in: Brigitte Tag (Hrsg.), Lebensbeginn im Spiegel des Medizinrechts, Baden Baden 2011 (im Druck).

krankenversicherungsrechtlich gleichgestellter Tatbestand i.S.v. Art. 3 Abs. 1 ATSG<sup>124</sup> vor, so übernimmt<sup>125</sup> die Krankenversicherung grundsätzlich die Kosten der Krankenpflege. Darunter versteht man alle medizinischen Massnahmen, mit deren Hilfe eine Gesundheitsschädigung diagnostiziert und behandelt wird. Darüber hinaus übernimmt sie Leistungen, die nicht als eigentliche Krankenpflege qualifiziert werden können,<sup>126</sup> aber ähnliche Leistungsbedürfnisse auslösen.

#### a) Umfang der Kostenübernahme

[Rz 78] Art. 34 KVG<sup>127</sup> statuiert, dass die Versicherer im Rahmen der Krankenpflegeversicherung nur die Kosten für gesetzliche Leistungen übernehmen dürfen (Art. 34 Abs. 1 KVG). Die Leistungskataloge von Gesetz- und Verordnungsgeber sind abschliessend und zwingend; die Versicherer dürfen im Rahmen der Krankenpflegeversicherung keine freiwilligen Leistungen erbringen.<sup>128</sup> Zusatzleistungen können über private Zusatzversicherungen abgedeckt werden.

#### b) Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit

[Rz 79] Art. 32 KVG nennt die zentralen Leistungsvoraussetzungen der Krankenpflegeversicherung, die sowohl bei der generellen Beurteilung durch den Ordnungsgeber als auch bei der Beurteilung im konkreten Fall erfüllt sein müssen: Alle vergüteten Leistungen müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, entfällt die Kostenübernahmepflicht des Versicherers.

##### aa) Wirksamkeit

[Rz 80] Die Wirksamkeit medizinischer Leistungen wird bejaht, wenn sie objektiv geeignet sind, auf den angestrebten medizinischen (d.h. den diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen) Nutzen hinzuwirken.<sup>129</sup> Es geht um die Frage, ob das Ziel der Behandlung (Wiederherstellung oder Verbesserung der Gesundheit) objektiv erreichbar ist. Besteht zwischen der Ursache (medizinische Massnahme) und der Wirkung (medizinischer Erfolg) eine kausale Verknüpfung, kann von der Wirksamkeit ausgegangen werden.<sup>130</sup>

Nicht erforderlich ist dabei ein besonders hoher Erfolgsgrad, d.h. eine möglichst vollständige Beseitigung der gesundheitlichen Beeinträchtigung. Die Wirksamkeit einer Leistung muss mit wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen werden (Art. 32 Abs. 1 Satz 2 KVG). Neben streng naturwissenschaftlichen sind auch andere wissenschaftliche Methoden (z.B. die Statistik) möglich und zulässig.<sup>131</sup>

##### bb) Zweckmässigkeit

[Rz 81] Zweckmässigkeit setzt Wirksamkeit voraus und soll primär eine Auswahl unter verschiedenen medizinischen Massnahmen ermöglichen. Gemessen wird der medizinische Nutzen einer Massnahme im Vergleich zu ihren Risiken und dem Nutzen von Alternativmassnahmen. Zweckmässig ist jene Massnahme, die nach objektiver Betrachtung den besten medizinischen Nutzen aufweist (d.h. schneller, besser und einfacher zum Erfolg führt als andere Massnahmen). Gibt es nur eine Behandlungsmöglichkeit, ist sie unzweckmässig, wenn die Risiken den Nutzen übersteigen. Es ist dann auf eine Behandlung zu verzichten. Das Bundesgericht setzt Zweckmässigkeit mit medizinischer Indikation gleich.<sup>132</sup> Ist eine Massnahme demnach medizinisch indiziert, so gilt sie als zweckmässig.

##### cc) Wirtschaftlichkeit

[Rz 82] Wirtschaftlichkeit setzt Wirksamkeit und Zweckmässigkeit voraus. Unter Massnahmen mit vergleichbarem medizinischem Nutzen ist die kostengünstigste zu wählen. Die Wirtschaftlichkeit beurteilt sich objektiv und setzt voraus, dass eine von mehreren zweckmässigen Behandlungsmöglichkeiten für den Leistungserbringer erkennbar deutlich kostengünstiger ist. Steht nur eine Behandlungsmöglichkeit zur Verfügung, greift das Wirtschaftlichkeitskriterium nicht. Bei einem groben Missverhältnis zwischen der Höhe der Heilungskosten und dem zu erwartenden Heilerfolg fehlt es nach der bundesgerichtlichen Praxis dagegen an der Verhältnismässigkeit der Massnahme, was zur Verweigerung der Kostenerstattung führen würde.<sup>133</sup>

## 2. Listenprinzip

[Rz 83] Der Gesetzgeber begnügt sich nicht mit den allgemeinen Leistungsvoraussetzungen von Art. 32 KVG. Vielmehr bezeichnet er die Versicherungsleistungen näher (Art. 25 ff. KVG) und listet sie in Leistungskatalogen auf. Diese Listen sind abschliessend und zwingend (Art. 34 Abs. 1 KVG).<sup>134</sup>

[Rz 84] Das Gesetz ermächtigt und verpflichtet den Ordnungsgeber, die Leistungskataloge weiter zu konkretisieren (Art. 33 KVG). Ihm steht dabei zwar ein weiterer Gestaltungsspielraum zu, doch sind grundsätzlich alle medizinisch

<sup>124</sup> Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, (SR 830.1).

<sup>125</sup> Die Krankenpflegeversicherung folgt dem Kostenerstattungsprinzip. Das bedeutet, dass die Krankenversicherer die Versicherungsleistungen nicht selbst erbringen, sondern nur für deren Kosten aufkommen (Art. 24 und 42 KVG).

<sup>126</sup> Gemeint sind: Präventionsleistungen, Leistungen bei Mutterschaft und bei straflosem Schwangerschaftsabbruch sowie Rettungskosten.

<sup>127</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG), (SR 832.10)

<sup>128</sup> Legalitätsprinzip; vgl. BGE 134 V 83 ff., 86.

<sup>129</sup> Vgl. BGE 133 V 115 ff., 116.

<sup>130</sup> GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundessozialversicherungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. Basel/Genf/München 2007, S. 475, N 291.

<sup>131</sup> BGE 133 V 115 ff., 118.

<sup>132</sup> BGE 130 V 299 ff., 304.

<sup>133</sup> BGE 109 V 41 ff., 44.

<sup>134</sup> Sog. Listenprinzip; vgl. BGE 134 V 83 ff., 86.

sinnvollen und wirtschaftlichen Leistungen zuzulassen. Eine Rationierung von Leistungen ist dem Ordnungsgeber nicht gestattet.

#### a) Allgemeiner Leistungskatalog

[Rz 85] Art. 25 KVG enthält zusammen mit Art. 25a KVG einen allgemeinen Leistungskatalog, der nicht nur für Leistungen bei Krankheit, sondern durch entsprechende Rückverweisungen auch für Leistungen bei Geburtsgebrechen, Unfall, Mutterschaft und straflosem Abbruch der Schwangerschaft gilt.<sup>135</sup> Er ist von herausragender Bedeutung für die Krankenpflegeversicherung. Art. 25 Abs. 1 KVG regelt generalklauselartig, dass die Krankenpflegeversicherung die Kosten übernimmt für «Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen».

[Rz 86] Die einzelnen Leistungspositionen ergeben sich abschliessend aus Art. 25 Abs. 2 lit. a–h KVG und Art. 25a KVG. Sie werden auf Verordnungsstufe konkretisiert (Art. 34 KVG). Bei gewissen Leistungen übernimmt die Krankenpflegeversicherung nicht die gesamten Kosten, sondern nur einen Kostenanteil. Das Gesetz spricht in diesen Fällen von einem «Beitrag» an die betreffende Leistung, namentlich bei Art. 25a Abs. 1 KVG, aber auch bei Art. 25 Abs. 2 lit. c und g KVG.

#### b) Gesetzliche Pflichtleistungsvermutung mit Negativ- oder Ausschlussliste

[Rz 87] Zu beachten ist, dass bei den von Ärzten und Chiropraktoren erbrachten Leistungen eine gesetzliche Pflichtleistungsvermutung greift.<sup>136</sup> Das Gesetz stellt die widerlegbare Vermutung auf, dass diese Leistungserbringer Behandlungsmethoden anwenden, die wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind (Art. 32 KVG). Diese Vermutung wird zwar im Gesetz nicht explizit erwähnt, doch bezeichnet der Ordnungsgeber nach Art. 33 Abs. 1 KVG nur diejenigen ärztlichen und chiropraktischen Leistungen, deren Kosten nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen von den Versicherern übernommen werden. Es gibt keine echte, d.h. abschliessende Positivliste ärztlicher und chiropraktischer Pflichtleistungen. Der Ordnungsgeber listet vielmehr auf, welche ärztlichen und chiropraktischen Leistungen nicht oder nur bedingt übernommen werden, namentlich weil sie die Voraussetzungen von Art. 32 KVG nicht erfüllen (Negativ- oder Ausschlussliste).

[Rz 88] Ist unklar, ob eine ärztliche oder chiropraktische Leistung wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich ist, kann der Ordnungsgeber ein Abklärungsverfahren einleiten und währenddessen in einer Positivliste eine vorläufige Regelung zur Kostenerstattungspflicht treffen (Art. 33 Abs. 3 KVG). Die

Negativliste nach Art. 33 Abs. 1 KVG ist insofern abschliessend, als bei nicht ausgeschlossenen Leistungen die gesetzliche Pflichtleistungsvermutung gilt. Sie kann vom Versicherer nur durch detaillierte Abklärungen im Einzelfall (z.B. Einholung eines Gutachtens) umgestossen werden.

#### c) Positivlisten

[Rz 89] Bei den nicht von Ärzten und Chiropraktoren erbrachten Leistungen gilt die gesetzliche Vermutung nicht. Hier verfügt der Ordnungsgeber über die Kompetenz und Pflicht, den Leistungskatalog nach Art. 25 Abs. 2 und Art. 25a KVG weiter zu konkretisieren und die Pflichtleistungen in abschliessenden Positivlisten aufzuführen (Art. 33 Abs. 2 KVG, Art. 25a Abs. 3 KVG). Die Krankenpflegeversicherung übernimmt nur die Kosten derjenigen Leistungen, die in diesen Positivlisten aufgeführt werden.

#### d) Besondere Leistungen

[Rz 90] Bei der medizinischen Prävention (Art. 26 KVG), den besonderen Leistungen bei Mutterschaft (Art. 29 Abs. 2 KVG) und den zahnärztlichen Behandlungen bei Krankheit (Art. 31 KVG) legen Gesetz und Verordnungen abweichende oder einschränkende Leistungskataloge fest (Art. 33 Abs. 2 KVG).

#### e) Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV)

[Rz 91] Die Positiv- und Negativlisten nach Art. 33 KVG und Art. 33 ff. KVV finden sich in der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV). Ihr Anhang 1 enthält die Listen der ärztlichen Leistungen nach Art. 33 Abs. 1 und 3 KVG.

### III. Tarifrecht

[Rz 92] Das Tarifrecht bestimmt, wie die Leistungserbringer ihre Aufwendungen und Bemühungen entschädigt bekommen. Es kann und soll einen Beitrag zur Kosteneindämmung leisten.<sup>137</sup>

[Rz 93] Unter anderem regelt das Tarifrecht die Höhe der Kostenübernahme durch die Krankenversicherung. Die Frage nach der Höhe der Kostenübernahme stellt sich nur bei gesetzlichen Pflichtleistungen zugelassener (und nicht in Ausstand getretener) Leistungserbringer. Grundsätzlich hat die versicherte Person Anspruch auf eine volle Kostenübernahme durch die Krankenpflegeversicherung.

[Rz 94] Aus dem Tarifschutz nach Art. 44 Abs. 1 KVG folgt allgemein, dass sich die Leistungserbringer an die Tarife halten müssen und für ihre Leistungen nur Anspruch auf Vergütung nach Tarif haben. Eine zusätzliche Vergütung dürfen sie nicht verlangen. Der Tarifschutz gilt unabhängig davon, ob die Krankenpflegeversicherung für eine Pflichtleistung die

<sup>135</sup> Art. 27, 28, 29 und 30 KVG, jeweils mit der Formulierung, dass die Krankenpflegeversicherung die «Kosten für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit» übernehme.

<sup>136</sup> Vgl. BGE 134 V 330 ff., 332.

<sup>137</sup> EUGSTER (Fn. 130), S. 678, N 838.



vollen Kosten übernimmt oder nicht. Übernimmt sie die vollen Kosten, besagt er, dass die Leistungserbringer mit der Kostenübernahme nach Tarif voll abgegolten sind (sog. voller Tarifschutz).

[Rz 95] Übernimmt die Krankenpflegeversicherung nur einen Teil der Kosten, dürfen die Leistungserbringer die nicht übernommenen Kosten den Versicherten persönlich in Rechnung stellen – allerdings müssen sie sich auch hier an die Tarife halten, sofern sie Pflichtleistungen erbringen (sog. relativer Tarifschutz).

#### IV. Insbesondere: Leistungen der Krankenversicherung für reproduktionsmedizinische Massnahmen

##### 1. Fruchtbarkeitsstörung als Krankheit?

###### a) Krankheitsbegriff und Fruchtbarkeitsstörungen

[Rz 96] Fruchtbarkeitsstörungen werden gesellschaftlich als Krankheit wahrgenommen. Auch nach medizinischem Verständnis lässt sich diese Haltung vertreten. Der sozialversicherungsrechtliche Krankheitsbegriff ist dagegen nach schweizerischem Verständnis ein Rechtsbegriff, der sich nicht notwendigerweise mit dem medizinischen Krankheitsbegriff decken muss, sondern nur einen bestimmten Ausschnitt desselben betrifft.<sup>138</sup> Es stellt sich damit die Frage, ob Fruchtbarkeitsstörungen innerhalb oder ausserhalb dieses rechtlich definierten Ausschnitts des medizinischen Krankheitsbegriffs anzusiedeln sind. Davon hängt letztlich die Frage ab, ob die Krankenversicherung Leistungen im Zusammenhang mit der Behandlung von Fruchtbarkeitsstörungen übernimmt.<sup>139</sup>

[Rz 97] Die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 ATSG beschreibt Krankheit als jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Diese Definition führt an sich zu keinem eindeutigen Ergebnis, stellt sie doch eine Negation des Begriffs der Gesundheit dar<sup>140</sup> und ist in den zentralen Elementen tautologisch.<sup>141</sup> Die gesetzliche Definition verweist damit letztlich

auf den medizinischen Krankheitsbegriff zurück, den es so dann im jeweiligen Anwendungskontext einzugrenzen gilt.<sup>142</sup>

###### b) Praxis in Bezug auf Fruchtbarkeitsstörungen und deren Behandlung

[Rz 98] Die Besonderheit der Behandlung von Fruchtbarkeitsstörungen, insbesondere die Anwendung der In vitro-Fertilisation und vergleichbarer Methoden, besteht darin, dass in der Regel nicht die Krankheit selbst gelindert oder geheilt, sondern lediglich deren Symptome oder Folgen bekämpft werden. Auch wenn deshalb vereinzelt die Ansicht vertreten wurde, es handle sich bei fortpflanzungsmedizinischen Methoden nicht um eigentliche Krankheitsbehandlungen,<sup>143</sup> ist die unterdessen langjährige Praxis<sup>144</sup> des Eidgenössischen Versicherungsgerichts und des Bundesgerichts einen anderen Weg gegangen: Sie behandelt nicht-altersbedingte Fruchtbarkeitsstörungen als Gesundheitsschädigungen mit Krankheitswert,<sup>145</sup> deren Behandlung sowohl durch eine Ursachenbekämpfung als auch durch eine Symptom- oder Folgenbekämpfung erfolgen kann.<sup>146</sup> Da bei Fruchtbarkeitsstörungen – wie soeben dargelegt – in den meisten Fällen keine Heilung möglich ist, erfolgt in der Regel eine Folgenbehandlung.

[Rz 99] Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass die Kosten der jeweiligen medizinischen Fortpflanzungsmethoden von der obligatorischen Krankenversicherung auch tatsächlich zu übernehmen sind, worauf sogleich eingegangen wird.

##### 2. Gesetzliche Grundlagen

[Rz 100] Reproduktionsmedizinische Massnahmen werden von Ärztinnen und Ärzten und ihrem Pflege- bzw. Laborpersonal vorgenommen. Für deren Leistungsvergütung über die Krankenversicherer greift indes die oben geschilderte Pflichtleistungsvermutung<sup>147</sup> gerade nicht, da aufgrund von Art. 33 Abs. 1 KVG i.V.m. Art. 33 lit. a KVV<sup>148</sup> die Negativ- bzw. Positivlisten für die Leistungsvergütung entsprechende Einträge enthalten. Konkret finden sich im Anhang 1 der KLV die einschlägigen Grundlagen der Leistungsvergütung von reproduktionsmedizinischen Massnahmen.

<sup>138</sup> EUGSTER (Fn. 130), S. 475, N 242; MYRIAM SCHWENDENER, Krankheit und Recht. Der Krankheitsbegriff im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Basel 2008, S. 68 ff.

<sup>139</sup> Art. 1a Abs. 2 lit. a KVG.

<sup>140</sup> EUGSTER (Fn. 130), S. 475, N 242.

<sup>141</sup> ULRICH MEYER, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in: Gächter/Schwendener (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff. Entwicklungen in der Praxis, Bern/Zürich 2009, S. 5 ff., 10 f.

<sup>142</sup> MEYER (Fn. 141), S. 19 ff.

<sup>143</sup> Siehe etwa die in BGE 113 V 42 (1987) referierten Ansichten.

<sup>144</sup> BGE 113 V 42; BGE 125 V 21; RSKV 1972, S. 196 und 1980, S. 259.

<sup>145</sup> BGE 113 V 42; vgl. auch zur Sterilität als Krankheitswert: BGE 119 V 28 E. 2 mit Hinweisen; Krankheitsbehandlung: BGE 111 V 232 E. 1c, BGE 104 V 96 E. 1, BGE 102 V 71 E. 3.

<sup>146</sup> ANDREAS TRAUB, Krankheitswert und Behandlungsbedürftigkeit, in: Gächter/Schwendener (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff. Entwicklungen in der Praxis, Luzern/Zürich 2009, S. 47 ff., 67.

<sup>147</sup> Vgl. S. 30 f.

<sup>148</sup> Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, (SR 832.112.31).

### 3. Versicherungsrechtliche Behandlung der Insemination

[Rz 101] Gemäss Anhang 1 der KLV (3. Gynäkologie und Geburtshilfe) stellt die künstliche Befruchtung mittels intrauterinärer Insemination seit dem 1. Januar 2001 eine kassenpflichtige Leistung dar. Es werden maximal drei Behandlungszyklen pro Schwangerschaft erstattet.<sup>149</sup>

### 4. Versicherungsrechtliche Behandlung der In-vitro-Fertilisation

#### a) Aktuelle gesetzliche Regelung

[Rz 102] Im Gegensatz zur intrauterinären Insemination handelt es sich bei der In-vitro-Fertilisation mit anschliessendem Embryonentransfer gemäss Anhang 1 der KLV (3. Gynäkologie und Geburtshilfe) nicht um eine kassenpflichtige Leistung im Sinn des KVG.<sup>150</sup>

#### b) Resultate der Wirkungsanalyse zur In-vitro-Fertilisation

[Rz 103] Die Anerkennung der Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung betreffend die In-vitro-Fertilisation wurde am 28. August 1986 zum ersten Mal und am 1. April 1994 ein weiteres Mal verneint.<sup>151</sup>

[Rz 104] Wie der Wirkungsanalyse des BSV<sup>152</sup> aus dem Jahr 1998 zu entnehmen ist, wurde der Antrag für die In-vitro-Fertilisation als neue krankenkassenpflichtige Behandlungsmethode vor allem aufgrund der niedrigen Erfolgsquote (ca. 15%) und der dadurch und durch andere Gründe drohenden, jedoch nicht abschliessend feststellbaren Mehrkosten, abgelehnt, d.h. es wurde vor allem an den Voraussetzungen der Wissenschaftlichkeit,<sup>153</sup> der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit gezweifelt.

### 5. Versicherungsrechtliche Behandlung der Präimplantationsdiagnostik

[Rz 105] Die Präimplantationsdiagnostik ist in der Schweiz im Moment noch nicht zugelassen und im Gesetzesentwurf nicht als Behandlungsmethode mit Pflichtleistungscharakter

vorgesehen. Die künftige Finanzierungspolitik sollte jedoch kohärent sein: Wenn die Pränataldiagnostik zum Leistungskatalog der Grundversicherung gehört, wäre es nicht nachvollziehbar, wenn die Präimplantationsdiagnostik nicht in den Pflichtleistungskatalog aufgenommen würde.<sup>154</sup>

## V. Übersicht über die Rechtsprechung

### 1. Rechtsprechung zur Insemination

[Rz 106] Die (homologe) künstliche Insemination wurde von der höchstrichterlichen Praxis<sup>155</sup> als Pflichtleistung der obligatorischen Krankenversicherung qualifiziert. Es beurteilte – noch unter altem Recht (KUVG<sup>156</sup>) – eine Überprüfung der als Pflichtleistungen in Frage stehenden Behandlungsmethoden als zulässig, da der bisherige durch die Fachkommission und das EDI beschlossene Ausschluss der künstlichen Insemination von der Leistungspflicht der Krankenkassen nicht auf medizinischen, sondern auf rechtlichen Überlegungen beruhte, die nicht als gesetzes- und ordnungskonform erachtet wurden. Zudem begründete es seinen Entscheid damit, dass die Behandlung die Voraussetzungen der Wissenschaftlichkeit und Wirtschaftlichkeit erfülle.<sup>157</sup>

[Rz 107] Auf diesen Entscheid folgte die Aufnahme der homologen (und heterologen!)<sup>158</sup> Insemination in die Positivliste der Pflichtleistungen der obligatorischen Krankenversicherung.

### 2. Rechtsprechung zur In-vitro-Fertilisation

[Rz 108] Erstmals beurteilte das Bundesgericht 1987, ob die Leistungspflicht der Krankenversicherung auf die In-vitro-Fertilisation und den Embryonentransfer ausgedehnt werden müsste. Seinen ablehnenden Entscheid<sup>159</sup> begründete es damit, dass beide Fortpflanzungsmethoden erst seit 1977 praktiziert würden und sich daher noch im Entwicklungsstadium befänden, d.h. in der Wissenschaft noch nicht als anerkannte Behandlungsmethoden gelten würden. Im Weiteren führte es aus, dass die Erfolgschancen mit 10% zu tief liegen würden und ein zu hohes Risiko für Schwangerschaftskomplikationen wie extrauterine Schwangerschaften, Zwillings- oder Drillingsschwangerschaften sowie Fehl- oder Frühgeburten bestehe. Nach altem Recht (KUVG) fällte das Gericht sodann

<sup>149</sup> Die Insemination wurde aufgrund eines Urteils des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes aus dem Jahr 1995 (BGE 121 V 289) als krankenkassenrechtliche Pflichtleistung in den Anhang 1 der KLV aufgenommen (vgl. zur Rechtsprechung Rz. 106 ff.).

<sup>150</sup> Anmerkung: Bis heute ging kein Antrag zur Kostenübernahme der intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) bei der zuständigen Kommission ein. Deshalb wurde noch kein Entscheid über eine allfällige Vergütung durch die Krankenversicherung gefällt und es existiert dazu kein Eintrag im Anhang 1 der KLV.

<sup>151</sup> Siehe Anhang 1 der KLV, 3. Gynäkologie und Geburtshilfe.

<sup>152</sup> BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG (BSV), Beiträge zur sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 13/01, S. 123 f.

<sup>153</sup> Im Rahmen des KVG wurde das Kriterium der Wissenschaftlichkeit durch das oben beschriebene Kriterium der Wirksamkeit ersetzt (vgl. oben Rz. 80).

<sup>154</sup> Vgl. E FMEdG und NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN (NEK-CHN), Präimplantationsdiagnostik II, Spezielle Fragen zur gesetzlichen Regelung und zur HLA-Typisierung, Stellungnahme Nr. 14/2007, S. 22.

<sup>155</sup> BGE 121 V 289.

<sup>156</sup> Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (heute nicht mehr in Kraft).

<sup>157</sup> Erfolgsrate von 50-90% und Kosten pro Behandlung zwischen CHF 200.- und 300.-.

<sup>158</sup> Im Text des Anhangs 1 der KLV ist generell von künstlicher Insemination die Rede, d.h. die Vergütungspflicht ist nicht auf die homologe Insemination beschränkt. Vgl. RUMO-JUNGO (Fn. 56), 92.

<sup>159</sup> BGE 113 V 42.



mehrere Entscheide<sup>160</sup> zum selben Thema, welche alle – trotz faktisch gesteigerter Erfolgschancen der Behandlung – ablehnend ausfielen.

[Rz 109] Auch nach Inkrafttreten des neuen Krankenversicherungsgesetzes (1. Januar 1996) verneinte das höchste Gericht die Leistungspflicht,<sup>161</sup> dies jedoch nicht mehr mangels Wirksamkeit, Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit der Behandlung. Grund für die Ablehnung bildete vielmehr der Umstand, dass sich das Gericht eine grosse Zurückhaltung bei der Überprüfung der Pflichtleistungsliste im Anhang 1 der KLV auferlegt. Weil die Liste korrekt und kompetenzgemäss erstellt worden war und das Gericht eine weitergehende Prüfung der Sache grundsätzlich ablehnte, wurde der Pflichtleistungscharakter bei der In-vitro-Fertilisation sowie beim Embryonentransfer verneint.

[Rz 110] Auch in jüngeren Entscheiden<sup>162</sup> lehnte das höchste Gericht eine Leistungspflicht der Krankenversicherung für die In-vitro-Fertilisation ab, obwohl verschiedene neuere Beschwerdegründe vorgebracht wurden: Weder die ausdrückliche Zulassung dieser Behandlungsmethode im Rahmen des FMedG (Art. 2 lit. c FMedG), das nach den ersten Leitentscheiden in Kraft getreten ist, noch das Argument der Rechtsgleichheit (Rüge der Ungleichbehandlung verschiedener Fortpflanzungsmethoden in Bezug auf ihre krankenversicherungsrechtliche Vergütung) vermochten das Gericht zu einer Anpassung der Praxis zu bewegen.

## VI. Entwicklungen

### 1. Grundrechtliche Einbettung

[Rz 111] Die vorne beschriebene Fortpflanzungsfreiheit<sup>163</sup> ist klar abwehrrechtlich ausgestaltet, d.h. es können keine positiven staatlichen Leistungspflichten aus ihr abgeleitet werden.<sup>164</sup> Insbesondere lässt sich damit auch keine allgemeine Leistungspflicht der obligatorischen Krankenversicherung für fortpflanzungsmedizinische Massnahmen aus der Verfassung ableiten. Gleichwohl ergibt sich verfassungsrechtlich zumindest eine gewisse Präferenz dafür, dass von der Fortpflanzungsfreiheit aktiv und in rechtsgleicher Weise Gebrauch gemacht werden kann. Eine Übernahme der entsprechenden Kosten durch die Krankenversicherung würde dies begünstigen.

### 2. Wirksamkeit – Fortschritte in der medizinischen Wissenschaft

[Rz 112] Seit der letzten offiziellen Überprüfung der In-vitro-Fertilisation und des Embryonentransfers in den Jahren 1986 und 1994 kann die medizinische Forschung und Wissenschaft in diesem Bereich einige Fortschritte ausweisen. Ging man bei der damaligen Untersuchung<sup>165</sup> noch von einer Erfolgsquote von 10 bis 15% aus, so weisen neuere Statistiken deutlich höhere Quoten aus. Heute werden in der Schweiz pro Jahr mehr als 2000<sup>166</sup> Behandlungszyklen der In-vitro-Fertilisation initiiert.<sup>167</sup> Die Erfolgsquoten variieren und sind stark vom Alter und der Gesundheit der Frau sowie von der Spermienqualität des Mannes abhängig.

[Rz 113] Im Jahr 2008 führten laut Statistik der Schweizerischen Gesellschaft für Reproduktionsmedizin (SGMR) 997 In-vitro-Fertilisationsbehandlungen zu 224 klinischen Schwangerschaften (22.5%) und 166 Geburten (16.6%).<sup>168</sup> Die European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) weist noch vorteilhaftere Zahlen aus: Pro Behandlung kann mit einer 29% Schwangerschafts- und einer 21.5% Geburtenquote gerechnet werden.<sup>169</sup> Die Methoden sind im Ergebnis ausgereifter und die wissenschaftliche Forschung differenzierter. Es kann nicht mehr von einer in der Wissenschaft als ungenügend anerkannten Behandlungsmethode gesprochen werden.<sup>170</sup>

### 3. Zweckmässigkeit

[Rz 114] Neben der künstlichen Insemination stellt die In-vitro-Fertilisation die alternative Methode zur Behandlung von Fruchtbarkeitsstörungen dar. Häufig ist sie gar die einzige Behandlungsmethode, welche zu einem Behandlungserfolg führen kann. Dank stetiger Forschung konnten die die In-vitro-Fertilisation begleitenden Schwangerschaftsrisiken

<sup>160</sup> Siehe BGE 119 V 26; BGE 121 V 289; BGE 121 V 302.

<sup>161</sup> BGE 125 V 21.

<sup>162</sup> Unpublizierte Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 4. Juli 2003 (K 117/02) und vom 2. März 2005 (K 107/03).

<sup>163</sup> Siehe Rz. 9 ff.

<sup>164</sup> So nochmals bestätigt im unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 2. März 2005 (K 107/03).

<sup>165</sup> BSV, Beiträge zur sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 13/01, S. 124.

<sup>166</sup> Laut Zeitungsbericht liegt die Zahl noch viel höher, nämlich bei rund 10'000 Behandlungen pro Jahr, wobei die Zahlen nicht genauer aufgeschlüsselt werden. Siehe «Wunschkinder aus dem Reagenzglas», Tages-Anzeiger vom 4. Januar 2011, S. 8.

<sup>167</sup> Bundesamt für Statistik (BFS), Statistik zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung: Behandlungen und Resultate, Gesamtansicht, T 14.2.4.33, Erhebung 2008, Stand 18. November 2009, abrufbar unter: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/02.htm>>, besucht am: 15. Januar 2011

<sup>168</sup> Vgl. Statistik der SGRM, 2008, abrufbar unter: <[http://www.sgrm.org/wb/media/FIVNAT/FIVNAT\\_Statistik\\_2008\\_3.pdf](http://www.sgrm.org/wb/media/FIVNAT/FIVNAT_Statistik_2008_3.pdf)>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>169</sup> Vgl. Statistik der ESHRE, 2006, abrufbar unter: <http://www.eshre.eu/ESHRE/English/Specialty-Groups/Data-collection-Consortia/page.aspx/15>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>170</sup> Vgl. dazu auch die Vergabe des Nobelpreises der Wissenschaft für das Jahr 2010 an den Biologen und Erfinder der In-vitro-Fertilisation, Robert Edwards.

minimiert werden.<sup>171</sup> Somit kann von einer zweckmässigen Behandlung ausgegangen werden.

#### 4. Wirtschaftlichkeit – Kostenentwicklung

##### a) Kosten

[Rz 115] Die Kosten medizinischer Fortpflanzung variieren je nach der im konkreten Fall angewendeten Behandlungsmethode. Sie setzen sich zusammen aus einer Pauschale von rund CHF 3'500.- (IVF) bzw. CHF 3'950.- (ICSI) und den variablen Kosten für die benötigten Medikamente, welche sich je nach Präparat und Dosierung auf CHF 500.- bis 2'500.- belaufen.<sup>172</sup> D.h. ein Behandlungszyklus kostet zwischen CHF 5'000.- und 7'000.-, wobei zwei bis drei Behandlungszyklen nötig sind, bis die behandelte Frau schwanger wird.<sup>173</sup> Geht man von den im Jahr 2008 erfolgten 2'158 Behandlungszyklen<sup>174</sup> aus,<sup>175</sup> so würden diese jährlich Kosten zwischen CHF 10,8 und 15,1 Mio generieren.

[Rz 116] Oftmals wird die In-vitro-Fertilisation die einzige Behandlungsmethode bei Unfruchtbarkeit sein, vor allem wenn einfachere Methoden wie eine hormonelle Stimulierung oder die Insemination nicht zum gewünschten Erfolg führen. Von einem Missverhältnis zwischen Behandlungserfolg und -kosten kann dank den gesteigerten Erfolgschancen der In-vitro-Fertilisation und jährlichen Mehrkosten zwischen CHF 10,8 und 15,1 Mio nicht gesprochen werden.

##### b) Meinung der Bevölkerung

[Rz 117] Ein Kinderwunsch und Kinder an sich werden von der Bevölkerung heute nicht mehr nur als Privatsache gesehen. Der grössere Teil der Bevölkerung ist laut Umfrage der Auffassung, dass sich die Krankenversicherung an den Kosten fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen beteiligen sollte.<sup>176</sup> Soweit die Kostenbeteiligung abgelehnt wird, gibt nicht der Kostenaspekt den Ausschlag. Oftmals spielen

grundsätzlichere Argumente wie z.B. die Angst vor einer zunehmenden Manipulierbarkeit des Menschen die grössere Rolle.<sup>177</sup> Hier könnten strenge und kontrollierbare gesetzliche Vorgaben das Vertrauen der Bevölkerung in die Fortpflanzungsmedizin stützen.<sup>178</sup>

[Rz 118] Nebst der finanziellen Entlastung unfruchtbarer Personen, welche die Aufnahme der In-vitro-Fertilisation und der Präimplantationsdiagnostik in den Pflichtleistungskatalog bewirken würde, wäre damit auch die Gefahr einer Zweiklassenmedizin gebannt. Weil heute die Behandlungskosten vollumfänglich von den betroffenen Personen selbst zu tragen sind und auch keine Zusatzversicherung die Kostenübernahme versichert, besteht die Tendenz, dass sich nur finanziell gut abgesicherte Personen eine solche Behandlung leisten können, was als stossend empfunden wird.

[Rz 119] Im Weiteren begünstigt die heutige rechtliche Situation in der Schweiz den «Behandlungstourismus» ins nahe Ausland,<sup>179</sup> d.h. in Länder mit liberaleren gesetzlichen Regelungen sowie niedrigeren Behandlungskosten.

##### c) Finanzierungsmöglichkeiten

[Rz 120] Bei einer Aufnahme der In-vitro-Fertilisation und der Präimplantationsdiagnostik in den Pflichtleistungskatalog der Krankenversicherung sind klare Grenzen bei ihrer Anwendung sinnvoll. Stets sollte eine entsprechende Behandlung medizinisch indiziert sein, damit sie nicht routinemässig oder als «Lifestyle»-Verfahren angewendet wird.<sup>180</sup> Zudem könnten das Alter der Mutter sowie die Anzahl Behandlungszyklen begrenzt werden. Dies würde sich positiv auf die von der Krankenversicherung zu übernehmenden Kosten auswirken.<sup>181</sup>

[Rz 121] Eine weitere Kostensenkung könnte über das Tarifrrecht erreicht werden.<sup>182</sup> Es reguliert mittels einheitlicher Tarife die Kostenübernahme durch die Krankenversicherungen. Durch tarifrechtliche Vereinbarungen werden Lösungen wie die Einführung einer durch die Krankenversicherung zu übernehmenden Pauschalzahlung für eine In-vitro-Fertilisations-Behandlung oder die Präimplantationsdiagnostik und eine Übernahme der weitergehenden Kosten durch die behandelten Versicherten möglich. Sie verhindern eine

<sup>171</sup> BFS, Statistik zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung: entstandene Schwangerschaften und Geborene, T 14.2.4.31, Erhebung 2008, Stand 12. März 2010, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/02.htm>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>172</sup> Vgl. <http://www.kinder-wunsch.ch/pages/ivficsi.php>, besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>173</sup> TA-SWISS/BFS (verfasst durch Lucienne Rey), Publifocus zur In-vitro-Fertilisation, TA-P4/2003 d, S. 9. Siehe auch den Beitrag «Wunschkind aus dem Reagenzglas» im Tages-Anzeiger vom 4. Januar 2011, S. 8, in welchem von Kosten von CHF 5000–9000 pro Zyklus die Rede ist.

<sup>174</sup> Die Zahlen zu den Behandlungszyklen betreffen ausschliesslich In-vitro-Fertilisations-Behandlungen. Würde man die erfolgten Behandlungszyklen der Intrazytoplasmatischen Spermieinjektion dazuzählen, so wäre die Gesamtanzahl der Behandlungszyklen um einiges höher.

<sup>175</sup> BFS, Statistik zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung: Behandlungen und Resultate, Gesamtansicht, T 14.2.4.30, Stand 12. März 2010, abrufbar unter: [www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/02.htm](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/02.htm), besucht am: 15. Januar 2011.

<sup>176</sup> TA-SWISS/BFS (verfasst durch Lucienne Rey), Publifocus zur In-vitro-Fertilisation, TA-P4/2003 d, S. 27.

<sup>177</sup> TA-SWISS/BFS (verfasst durch Lucienne Rey), Publifocus zur In-vitro-Fertilisation, TA-P4/2003 d, S. 9.

<sup>178</sup> Die vom Gesetzgeber für die Präimplantationsdiagnostik vorgesehene Neuregelung würde genau in diese Richtung gehen.

<sup>179</sup> Siehe etwa die Angaben in «Wunschkind aus dem Reagenzglas», Tages-Anzeiger vom 4. Januar 2011, S. 8.

<sup>180</sup> Die medizinische Indikation sieht das FMedG bereits heute in Art. 5 ausdrücklich vor und ist auch im E FMedG bezüglich der Präimplantationsdiagnostik restriktiv ausgestaltet.

<sup>181</sup> TA-SWISS/BFS (verfasst durch Lucienne Rey), Publifocus zur In-vitro-Fertilisation, TA-P4/2003 d, S. 6.

<sup>182</sup> Vgl. zum Tarifrrecht, Rz. 92 ff.

Kostenexplosion und führen zu einer breiteren Akzeptanz der Kostentragung durch die Gesellschaft.

## 5. Stellungnahme des Bundesamtes für Gesundheit (BAG)

[Rz 122] Die geltende Rechtslage verneint eine Kostenübernahme der In-vitro-Fertilisation durch die Krankenversicherung und die höchstrichterliche Praxis lässt erkennen, dass sie einem Entscheid der zuständigen Organe nicht vorgreifen möchte.<sup>183</sup> Daher kann ihre Aufnahme als Pflichtleistung in den Anhang 1 der KLV ausschliesslich mittels eines neuen Antragsverfahrens erreicht werden.

[Rz 123] Auf Anfrage teilte das BAG im März 2010 mit, dass gegenwärtig kein Antrag der betroffenen Interessentenkreise<sup>184</sup> an die zuständige Kommission zur Aufnahme der In-vitro-Fertilisation in den Pflichtleistungskatalog vorliege. Zudem will die Kommission erst wieder auf einen allfälligen Antrag eintreten, wenn die laufende Revision des FMedG abgeschlossen sei. In Revision befindet sich insbesondere das bisherige Verbot der Präimplantationsdiagnostik (PID). Da der erste entsprechende Entwurf des Bundesrats aufgrund der ablehnenden Vernehmlassungsergebnisse nochmals grundlegend überarbeitet wird, bevor ihn das Parlament zur Behandlung erhält, dürfte es noch einige Zeit dauern, bis ein neuer Antrag bezüglich einer Kostenübernahme beurteilt wird.

[Rz 124] Der Zusammenhang zwischen In-vitro-Fertilisation und Präimplantationsdiagnostik ist unbestritten, da die zu erwartende Häufigkeit sowie der Erfolg der Behandlung bei einer ausgeweiteten Möglichkeit der PID ansteigen dürften. Ob dagegen ein direkter Zusammenhang zwischen der krankenversicherungsrechtlichen Vergütung der In-vitro-Fertilisation und der Zulassung der Präimplantationsdiagnostik besteht, erscheint diskutabel, d.h. es würde nichts dagegen sprechen, bereits vor der endgültigen Regelung der PID einen neuen Grundsatzentscheid zur Übernahme der In-vitro-Fertilisation zu fällen.<sup>185</sup>

## G. Fazit

[Rz 125] Die natürliche Fortpflanzung ist grundrechtlich geschützt. Ebenso besteht ein grundrechtlicher Anspruch, nicht am Zugang zur Fortpflanzungsmedizin gehindert zu werden. Einschränkungen dieser Gewährleistungen können sich aber aufgrund öffentlicher Interessen und Grundrechten Dritter rechtfertigen. Für die in diesem Beitrag diskutierten

rechtlichen und faktischen Zugangsschranken ergibt sich, dass die rechtspolitische Auseinandersetzung – trotz des relativ jungen Alters des Schweizer Fortpflanzungsmedizinrechts – noch nicht abgeschlossen ist. Verfassungs-, Gesetz- und Verordnungsgeber haben es in der Hand, die behandelten Zugangsschranken abzubauen.

- Den Umstand, dass gleichgeschlechtlichen Paaren, insbesondere lesbischen Frauen, eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung (Inanspruchnahme von Samenspenden) trotz einfacher Umsetzbarkeit nach wie vor verwehrt bleibt, begründet der Gesetzgeber mit der Wahrung des Kindeswohls. Da einige Studien zu belegen scheinen, dass das Kindeswohl beim Aufwachsen von Kindern bei einem gleichgeschlechtlichen Paar nicht beeinträchtigt wird, ist die Diskussion hier neu zu führen. Neben einer Anpassung des FMedG und des PartG würde eine allfällige Öffnung des Zugangs aber auch eine Umformulierung oder zumindest eine Umdeutung des verfassungsrechtlichen Unfruchtbarkeitsbegriffs in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV bedingen. Im Hinblick auf die Auseinandersetzungen, die sich bei der Schaffung des Partnerschaftsgesetzes in diesem Zusammenhang ergeben haben, ist jedoch mit einigem politischen Widerstand gegen eine allfällige Öffnung zu rechnen.
- Die – nach wie vor restriktive – Ermöglichung der Präimplantationsdiagnostik, welche der Gesetzgeber gegenwärtig vorbereitet, sowie die damit verbundene Aufhebung der «Dreier-Regel» wird die Fortpflanzungsmedizin für manche Paare bedeutend attraktiver machen, da das Risiko, ein schwer krankes Kind zu bekommen, vermindert und die Belastung des Paares entscheidend gesenkt wird.
- Der nach wie vor geltende Ausschluss der In-vitro-Fertilisation und des Embryonentransfers aus der Leistungspflicht der sozialen Krankenversicherung lässt sich im Hinblick auf die Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit kaum noch halten. Die geschätzten Mehrkosten sowie die gesteigerten Erfolgsquoten lassen eine Kostenübernahme durch die Krankenversicherung, d.h. eine entsprechende Anpassung der Einträge im Anhang 1 der KLV, angezeigt erscheinen. Eine solche Ausdehnung der Leistungspflicht wäre auch im Hinblick auf den grundrechtlich geschützten Anspruch auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zu begrüssen, selbst wenn sich aus diesem Anspruch, der abwehrrechtlich konzipiert ist, keine entsprechende Vergütungspflicht ableiten lässt.

<sup>183</sup> Präimplantationsdiagnostik: Wie erwähnt, ist eine Kostenübernahme nicht vorgesehen.

<sup>184</sup> Hiermit sind medizinische Fachgesellschaft(en) und Fertilitätsmediziner(innen) gemeint.

<sup>185</sup> So auch: NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN (NEK-CNE), Präimplantationsdiagnostik II, Spezielle Fragen zur gesetzlichen Regelung und zur HLA-Typisierung, Stellungnahme Nr. 14/2007, S. 22.



## Glossar zur Fortpflanzungsmedizin

**Dreier-Regel:** In Art. 17 Abs. 2 FMedG festgeschriebenes Verbot, wonach sich in einem Behandlungszyklus nicht mehr als drei befruchtete Eizellen zu Embryonen entwickeln dürfen. **Embryo:** Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung. **Embryonen- und Gametentransfer:** Beim Embryonentransfer (ET) werden die Embryonen in die Gebärmutter eingebracht. Der Gametentransfer ist das instrumentelle Einbringen von abgesaugten Eizellen zusammen mit Samenzellen in einen oder beide Eileiter der Frau.<sup>186</sup> **Ersatzmutterschaft:** Insemination von Sperma von einem der beiden schwulen Partner bei einer Frau. **Fötus:** Frucht vom Abschluss der Organentwicklung bis zur Geburt. **Fortpflanzungsverfahren:** Jegliche Massnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr. Bei ihrer Anwendung erfolgt daher die Befruchtung der Einzelle mit Sperma stets auf künstlichem Weg. Sie kann mittels Insemination, In-vitro-Fertilisation, intrazytoplasmatische Spermainjektion sowie Embryonen- oder Gametentransfer erfolgen (Art. 2 lit. a FMedG). Diesen Methoden zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung geht jeweils eine Samen-, Ei- oder Embryonenspende voraus. **Gametentransfer:** Instrumentelles Einbringen von Samen- und Eizellen in die Gebärmutter oder in einen Eileiter der Frau. **Heterologe Insemination:** Insemination von Samenzellen eines Dritten, d.h. eines Spenders. **Homologe Insemination:** Insemination von Samenzellen des Ehepartners oder des Partners, der mit der behandelnden Frau in einer festen Partnerschaft lebt. **Hybridbildung:** Bewirken des Eindringens einer nichtmenschlichen Samenzelle in eine menschliche Eizelle oder einer menschlichen Samenzelle in eine nichtmenschliche Eizelle. **Imprägnation:** Bewirken des Eindringens einer Samenzelle in das Plasma der Eizelle, namentlich durch Insemination, Gametentransfer oder In-vitro-Fertilisation. **Imprägnierte Eizelle:** Befruchtete Eizelle vor der Kernverschmelzung. **Insemination:** Instrumentelles Einbringen von Samenzellen in die Gebärmutter der Frau (Art. 2 lit. b FMedG), mit oder ohne vorangehende hormonelle Stimulation. Auch genannt: intrauterine Insemination (IUI). **Intrazytoplasmatische Spermainjektion (ICSI):** Gewinnung von Samenmaterial durch eine mikrochirurgische Extraktion oder Aspiration der Nebenhoden (MESE/A) oder durch eine Hodenextraktion (TESE) und danach Injektion der einzelnen Samenzellen direkt in die Eizelle (intrazytoplasmatische Spermainjektion). Anschliessend: Kultivierung der befruchteten Eizellen bis zur Rückführung und Einnistung in die Gebärmutter. **In-vitro-Fertilisation (IVF):** Vereinigung der Eizelle mit Samenzellen ausserhalb des Körpers der Frau (Art. 2 lit. c FMedG), d.h. Abpunktion von Eizellen nach einer hormonellen Stimulation und Vereinigung in der Petrischale mit den Samenzellen. **Keimbahnzellen:** Keimzellen (einschliesslich ihrer Vorläuferzellen), imprägnierte

Eizellen und embryonale Zellen, deren genetisches Material an Nachkommen vererbt werden kann. **Keimzellen:** Samen- und Eizellen. **Klonen:** Künstliche Erzeugung genetisch identischer Wesen. **Kryokonservierung:** Aufbewahren von Zellen durch Einfrieren in flüssigem Stickstoff. **Leihmutterschaft:** Leihmutter, die bereit ist, durch ein Fortpflanzungsverfahren ein Kind zu empfangen, es auszutragen und nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen. **Monogenetische Krankheit:** Krankheit, die durch einen Defekt in einem einzelnen Gen hervorgerufen wird, weshalb sie zuweilen auch als «Ein-Gen-Krankheit» bezeichnet wird. **Präimplantationsdiagnostik (PID):** Abkürzung im Englischen: PGD, «preimplantation genetic diagnosis». Genetische Untersuchung eines extrakorporal erzeugten Embryos vor der Implantation in die Gebärmutter der Frau. **Pränataldiagnostik (PND):** Pränatal: «vor der Geburt». Untersuchungen des ungeborenen Kindes im Mutterleib der Schwangeren.

---

lic. iur. Esther Amstutz ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich, Prof. Dr. iur. Thomas Gächter ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht. Wir danken Frau Marianne Roos, MLaw (Luzern), für die abschliessende Durchsicht des Manuskripts.

---

\* \* \*

<sup>186</sup> HANS-PETER SCHREIBER, in: Bondolfi/Müller (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel Bern 1999, S. 158.